ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

PÓS-POSITIVISMO: A VERSÃO PRAGMÁTICA DE POSNER

POST-POSITIVISM: POSNER'S PRAGMATIC VERSION

Orlando Luiz Zanon Júnior *

RESUMO: O referente deste texto consiste em apresentar as contribuições da proposta pós-positivista chamada direito e economia ou análise econômica do direito, desenvolvida por Richard Allen Posner, com perfil pragmatista, para superação dos problemas do paradigma do positivismo jurídico. A referida proposição tem viés cotidiano (e não filosófico), com suporte em elementos extraídos do evolucionismo de Charles Robert Darwin, do realismo jurídico norte-americano e das teorias comportamental (behaviorismo) e econômica (entre outros estudos interdisciplinares). Sua pretensão é demonstrar como realmente são (e mesmo devem ser) as práticas jurídicas dos Estados Unidos da América.
Palavras-chave: Pós-positivismo. Teoria do direito. Ciência jurídica.

ABSTRACT: The main theme of this text consists in presenting the contributions of the post-positivist theory called Law and Economics or Economic Analysis of Law, developed by Richard Allen Posner, with a pragmatic view, to overcome the problems of the paradigm of legal positivism. This theoretical proposition is not philosophical, and it takes as support Darwin's Evolutionism, north American realism, behavioral theories and economy. Our intention is to show how are the legal practices of the United States of America.
Keywords: Post-positivism. Legal Theory. Legal Science.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS; 3 CARACTERÍSTICAS DO PRAGMATISMO JURÍDICO; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Dupla titulação de Doutorado pela Università Degli Studi di Perugia – UNIPG/Itália. Mestre pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Juiz de Direito. Porto União – Santa Catariana – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é apresentar as principais contribuições de Richard Allen Posner quanto à proposição de uma nova matriz disciplinar para a ciência jurídica, a fim de superar os modelos juspositivistas de norma, ordenamento, fontes e decisão judicial. Com efeito, pode ser considerado lugar comum o argumento de que o modelo do positivismo jurídico encontra-se em crise quanto às suas principais características. Tal assunto, inclusive, já foi abordado em uma tríade de artigos anteriormente publicados, consistente nos textos *A revolução na teoria do direito* (ZANON JÚNIOR, 2012a), *A centralidade material da Constituição* (ZANON JÚNIOR, 2011) e *A complexidade da norma jurídica* (ZANON JÚNIOR, 2012b), nos quais se analisaram os principais problemas do modelo juspositivista. Nesses artigos, foi argumentado no sentido da necessidade de retificação da matriz disciplinar da ciência jurídica, com o escopo de superar os cinco principais vícios do paradigma juspositivista, consistentes na separação entre direito e moral, na formação do ordenamento jurídico exclusivamente (ou de forma prevalecente) por regras positivadas, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, na aplicação do direito posto mediante subsunção e na discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

Prosseguindo nessa linha de pesquisa, cabe apreciar as proposições dos estudiosos que estão dispostos a desenvolver uma alternativa para a teoria do direito, coletivamente chamados pós-positivistas. Entre eles, figura o jurista cuja obra é objeto de análise neste artigo científico, que se empenhou em apresentar uma teoria pragmática de adjudicação jurisdicional, chamada direito e economia (*Law and Economics*) ou análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law*). Assim, na primeira seção, serão traçadas algumas considerações preliminares acerca dos estudos do autor. Na segunda, mais substancial, efetuar-se-á a apresentação das principais características da teoria de Posner, com vistas ao esclarecimento das peculiaridades que identificam essa proposição de base disciplinar, nos aspectos mais importantes para o cientista jurídico. Em sede de conclusão, serão sintetizadas as contribuições do autor quanto às teorias da norma, do ordenamento, das fontes e da decisão.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo; na fase de tratamento de dados, o cartesiano; e o texto final foi composto na base lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2011). Ademais, é muito importante destacar que as referências ao modelo juspositivista partem do estudo previamente elaborado acerca das proposições teoréticas de Kelsen e de Hart, exposto nos textos anteriormente mencionados nesta introdução.

2 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Richard Allen Posner, professor da University of Chicago Law School e juiz-presidente do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da Justiça Federal norte-americana, desenvolveu uma teoria pragmática de adjudicação jurisdicional chamada direito e economia (*Law and Economics*) ou análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law*), de viés cotidiano (e não filosófico), com suporte em elementos extraídos do evolucionismo de Charles Robert Darwin, do realismo jurídico norte-americano e das teorias comportamental (behaviorismo) e econômica (entre outros estudos interdisciplinares), para demonstrar como realmente são (e mesmo devem ser) as práticas jurídicas dos Estados Unidos da América[1].

O conteúdo nuclear do seu pensamento, quanto às teorias da norma, das fontes e da decisão jurídica pode ser extraído, no que importa para o referente da presente pesquisa, dos livros *Direito, pragmatismo e democracia* (POSNER, 2010a), *Problemas de filosofia do direito* (POSNER, 2007), *Fronteiras da teoria do direito* (POSNER, 2011), *A economia da justiça* (POSNER, 2010b) e *Para além do direito* (POSNER, 2009). Entretanto, antes de inaugurar a análise das principais características de sua teoria jurídica, interessa assinalar preliminarmente alguns aspectos de sua posição política,

1 "Essa argumentação, acrescento, é ao mesmo tempo positiva e normativa – isto é, ao mesmo tempo descritiva e valorativa. Argumento que o direito norte-americano realmente é, e deve ser, pragmático, e que pode ser aperfeiçoado por uma maior consciência de sua natureza pragmática" (POSNER, 2007, p. 38-39).

apenas nos pontos relevantes para auxiliar a compreensão da estrutura lógica de seu pensamento acerca do direito.

Assim, inicialmente, cabe assinalar que Posner produziu o seu modelo focado no sistema jurídico consuetudinário norte-americano (*common law* ou *judge made law*), no qual os precedentes judiciais possuem elevada importância, porquanto os argumentos que deles podem ser extraídos determinam a atividade jurisdicional (*stare decisis* ou *case law*), de modo que devem ser levados em consideração quando se apresentarem novos casos estreitamente similares (*precisely similar*) aos anteriores. Segundo a doutrina estrita dos precedentes, a força gravitacional das decisões anteriores é vinculante, mesmo quando o magistrado entende que estão equivocadas; de outro lado, a versão atenuada admite a possibilidade de a jurisdição suplantar a orientação pretérita, acaso seja suficientemente errada[2]. De qualquer modo, independentemente da doutrina adotada (estrita ou atenuada), os fundamentos adotados pela jurisprudência são tão relevantes no padrão jurisdicional norte-americano que, para alguns, os dispositivos normativos produzidos pelo legislador são considerados anormais ao sistema, sendo melhor assimilados somente depois de interpretados pelo tribunais (STRECK, 2003).

Tais peculiaridades do *common law* discrepam das características mais comumente compartilhadas pelos sistemas enquadrados no padrão europeu continental (*civil law* ou *code based legal system*), a exemplo do alemão e do brasileiro, principalmente quanto ao aspecto preponderante da legislação escrita e à ausência de força vinculante da generalidade das decisões judiciais. Por isso, ao analisar a teoria jurídica do autor ora sob foco, é preciso ter em mente que, no sistema jurídico que ele toma em consideração para suas

2 "Os juristas britânicos e norte-americanos falam da doutrina do procedente; referem-se à doutrina segundo a qual decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos. Estabelecem, contudo, uma distinção entre aquilo que poderíamos chamar de doutrina estrita e doutrina atenuada do precedente. A doutrina estrita *obriga* os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas. […] Por outro lado, a doutrina atenuada do precedente exige apenas que o juiz atribua algum peso a decisões anteriores sobre o mesmo problema, e que ele deve segui-las a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor" (DWORKIN, 2007, p. 30-31).

proposições, os argumentos que fundamentam os precedentes judiciais figuram como fontes jurídicas determinantes, em paralelo ao direito legislado (*statutes*) produzido pelo Parlamento (STRECK, 2003)[3].

Quanto ao sistema jurídico norte-americano, cabe acrescentar o esforço de leitura realista de Posner, no sentido de descrevê-lo como um ambiente caracterizado pela impetuosidade, competitividade e objetividade comercial, notadamente marcado pelo materialismo filistino (expressão provavelmente empregada pelo autor no sentido figurado, como sociedade majoritariamente inculta e vulgar, com interesses econômicos despidos de vocação intelectual) (POSNER, 2010a)[4]. Em tal cenário, as capacidades de raciocínio adaptativo assumem preponderância, como a inteligência calcada na astúcia, na trapaça e na fraude inequívoca, sem reflexão ética[5]. Sem embargo, tais qualidades são imprescindíveis para o sucesso num contexto jurisdicional cínico e quase teatral, em que o importante é convencer para fazer prevalecer determinadas teses, mediante o emprego de métodos retóricos, em detrimento da sincera

3 "O precedente também ocupa um lugar importante em nossas práticas: as decisões passadas de tribunais contam como fontes de direito. Assim, toda concepção competente deve oferecer alguma resposta à questão de por que uma decisão judicial do passado deve, em si mesma, oferecer uma razão para um uso semelhante do poder de Estado por parte de outras autoridades no futuro" (DWORKIN, 2007, p. 123).

4 "Vivemos na era da 'política ordinária', uma atividade sórdida ou na melhor das hipóteses insípida, dominada por grupos de interesse e marcada pela troca de favores, pelo lobismo, pelo suborno indireto, pela falsidade ideológica e pelo egoísmo em geral" (POSNER, 2011, p. 206).

5 "Uma outra coisa que é estranha sobre o protagonista, e os valores implícitos, da *Odisseia*, do ponto de vista ortodoxo é que Odisseu não é um herói *convencional*, do tipo descrito na *Ilíada*. Ele é forte, corajoso e habilidoso na luta, mas não é nenhum Aquiles (que tinha uma mãe divina) ou mesmo Ajax, e se apoia na astúcia, na trapaça e na fraude inequívoca num nível incomparável com o que concebemos como heroísmo ou com a descrição de heroísmo na *Ilíada*. Seu traço dominante é a habilidade para se adaptar ao ambiente e não se impor pela força bruta. Ele é o personagem mais inteligente na *Odisseia*, mas sua inteligência é totalmente prática, adaptativa. Diferentemente de Aquiles na *Ilíada*, que é dado à reflexão, principalmente pela própria ética heroica, Odisseu é pragmático" (Id., 2010a, p. 21).

busca pela verdade[6], a exemplo daqueles expedientes conversacionais inicialmente desenvolvidos pelos sofistas gregos, os quais considera precursores dos pragmatistas[7].

Sob essa óptica, "o pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica de retórica como modo de raciocínio jurídico" (POSNER, 2010a, p. 47). Nesse contexto, os líderes norte-americanos, principalmente democratas, assumem uma postura mais assemelhada a um corretor ou empresário do que a um pensador acadêmico, haja vista que se destacam como experientes manipuladores, estrategistas, mentirosos e aduladores, capazes de fazer negociações sujas "de pacote fechado", com desprendimento de princípios de viés moral[8]. Mesmo quando possuem notável formação acadêmica (o que certamente coloca novas ferramentas argumentativas à sua disposição), não é garantida uma mudança comportamental, pois "a educação é uma coisa boa, mas não melhora o caráter" (POSNER, 2010a, p. 86). Diante desse quadro, ainda que alguns otimistas possam se sentir chocados com a mencionada descrição da realidade (em que pese a precisão em muitos pontos) ou mesmo ressentidos com a postura do autor em exame ao tratar do tema, relembra-se que, como ele próprio afirma, "motivações ou caráter não desmerecem a análise", de modo que "rejeitar uma boa ideia por causa de sua origem é prejudicar a si próprio para vingar-se de alguém" (POSNER, 2010a, p. 140).

6 "O tom pragmático começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e uma forma demótica na prática da democracia ateniense. […] Os sofistas, cujo papel, como o dos advogados modernos, era o de persuadir os cidadãos a escolher um lado ou o outro das disputas políticas e legais, não estavam interessados em descobrir a verdade. Estavam interessados em escrever recursos persuasivos para a compreensão imperfeita, as opiniões e até os prejuízos, de plateias específicas" (POSNER, 2010a, p. 22).

7 "Para o pragmatista cotidiano, assim como para os sofistas da Grécia Antiga, com quem se parece (eles fazem parte de seus ancestrais), teorias morais, políticas e jurídicas têm valor só como retórica, não como filosofia" (Ibid., p. 9).

8 "As qualidades necessárias num estadista ou outro líder estão mais próximas das de um corretor, vendedor, ator ou empresário do que das de um acadêmico. […] Eles são estratégicos e interpessoais – manipuladores, coercitivos psicológicos e até mesmo teatrais. […] A ética da responsabilidade política exige uma vontade de se comprometer, de sujar as mãos, adular, lisonjear, iludir e mentir, fazer negociações inescrupulosas de pacote fechado e, assim, abrir mão da autossatisfação altiva que decorre da pureza e devoção consciente aos princípios. Essas são as qualidades de todos os políticos, mas particularmente dos democratas" (Ibid., p. 129-130).

Também preliminarmente, importa assinalar a contrariedade de Posner com relação aos estudos puramente acadêmicos, despreocupados de sua aplicabilidade prática, os quais classifica como "inúteis", haja vista seu posicionamento no sentido de que a academia tem a função social de produzir material teórico efetivamente útil à sociedade[9]. O autor não desmerece a filosofia jurídica, que considera o ramo de estudo das questões mais basilares do direito[10], porém entende que ela deveria estar focada na análise da realidade[11]. Segundo ele, "os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais", porém, de outro lado, "seria um erro afirmar, como corolário, que os estudiosos do direito deveriam rejeitar toda teoria", devendo apenas evitar "as investigações empíricas de má qualidade" (POSNER, 2009, p. 20).

Com efeito, para ele, os juristas acadêmicos deveriam deixar de procurar verdades objetivas sabidamente inatingíveis, relacionadas com as definições

9 "Os tipos de teoria de que os pragmatistas legais desgostam não estão limitados à teoria filosófica abstrata. Eles incluem a teorização no nível mais baixo, mas ainda abstrata que os professores de direito constitucional adoram, na qual as decisões são avaliadas por referências a abstrações comuns no discurso sobre direito, como imparcialidade, justiça, autonomia e igualdade. Os pragmatistas pensam que se a questão constitucional é, digamos, se os filhos de imigrantes não naturalizados devem ter direito à educação gratuita, ou se o gasto por aluno na educação pública deve ser igualado em todos os distritos escolares ou se deve ser permitido rezar nas escolas públicas, o advogado constitucional deve estudar educação, imigração, finanças e religião em vez de inalar os vapores intoxicantes da teoria constitucional para melhor manipular slogans vazios (como 'o muro da separação [entre Igreja e Estado]') e vácuos que imploram pelo questionamento (como 'igualdade' e 'direitos fundamentais'). Que pessoa sensível seria guiada em tais assuntos difíceis, contenciosos e ligados a fatos por um filósofo ou por seu professor de direito? Em suma, a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil, e à concessão do título honorífico de 'teoria' à retórica formalista" (POSNER, 2010a, p. 61-62).

10 "'Filosofia do Direito' significa, para mim, o plano de análise mais fundamental, geral e teórico do fenômeno social chamado direito" (Id., 2007, p. XI).

11 "Defendo uma filosofia do direito que seja crítica do formalismo (menos pejorativamente, do legalismo tradicional) e tenha afinidades com o realismo jurídico, desde que despojado da política de centro-esquerda que é característica desse movimento e de sua descendência. Refiro-me a uma filosofia do direito que, como o realismo jurídico, faz uso da filosofia do pragmatismo (ainda que não apenas desta filosofia) mas que, ao contrário de algumas versões do realismo jurídico, procura desmistificar o direito sem denegri-lo ou satanizá-lo" (Ibid., p. XIII). "Não pretendo desacreditar os clássicos da filosofia. Nestes, podemos encontrar intuições extraordinárias sobre a personalidade e o dilema humanos. Eles desafiam os dogmas estabelecidos, através da afirmação insistente de que buscamos justificar até nossas crenças pessoais mais profundas" (Id., 2009, p. 469).

de categorias altamente abstratas como moral, justiça, igualdade e liberdade, para, em vez disso, se dedicar a produzir o conhecimento necessário para que juízes, advogados e legisladores possam operar um sistema jurídico moderno[12]. É um problema o fato de que, "nos últimos anos, esses professores, sobretudo nas universidades de maior prestígio, vêm se distanciando cada vez mais do lado prático da profissão" (POSNER, 2011, p. 242)[13]. Para o autor, caso os cientistas do direito não se dediquem a tal tarefa, pesquisadores de outras áreas de estudo não poderão fazê-lo de forma completa e adequada, inviabilizando o aperfeiçoamento da ciência jurídica[14].

Entre os focos de estudo que Posner classifica como "inúteis", encontram-se justamente as pesquisas sobre moralidade política, mormente de cunho formalista, sob o argumento de que se trata de material teórico irrelevante para a função retórica e decisória dos juízes, advogados e legisladores norte-americanos[15]. Tal crítica, inclusive, já lhe rendeu um intenso (e acalorado) debate com Dworkin, bem ilustrado na obra *A justiça de toga* (DWORKIN, 2010) – e esparsamente nos livros ora em análise. Para Posner (2007, p. 472), "os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido". Assim, segundo ele, o teórico moral ou político "pertence à classe dos intelectuais, que tendem a ficar alienados da vida e do pensamento cotidiano americanos" (POSNER, 2010a, p. 110). O escritor prefere, alternativamente, uma filosofia de vertente pragmática, envolta em pesquisas

12 "O pragmatista duvida sobretudo da capacidade da filosofia analítica e de seu irmão gêmeo, o raciocínio jurídico, para a determinação de deveres morais e direitos legais" (Ibid., p. 9).

13 Ver também: Posner (Ibid., p. 96-109).

14 "A academia não produz o conhecimento de que juízes, advogados e legisladores necessitam a fim de operar um sistema jurídico moderno, e não existe outra instituição capaz de produzi-lo. A menos que essas graves deficiências do direito acadêmico sejam sanadas, os programas ambiciosos de se aperfeiçoar o direito estão condenados ao fracasso" (Id., 2007, p. 626).

15 "Como já deve estar claro a esta altura, vejo com ceticismo a possibilidade de que a filosofia moral tenha muito a oferecer ao direito em termos de respostas a questões jurídicas específicas, ou mesmo de suporte em geral" (POSNER, 2007, p. 466).

com virtudes científicas, que visa à investigação experimental de temas com importância prática, de modo a ser capaz de dar forma ao futuro[16].

Como última consideração propedêutica, importa apresentar o conceito de democracia adotado por Posner, o qual é expressamente baseado na construção teórica do economista Joseph Alois Schumpeter[17]. O autor sustenta que há dois conceitos básicos de democracia, referindo-se o primeiro ("democracia no conceito 1") às versões da chamada espécie deliberativa, caracterizada por ser idealista e teórica, enquanto o segundo ("democracia no conceito 2") diz respeito a uma aproximação com a modalidade elitista, que descreve um sistema de busca pelo poder político como uma competição por votos, de forma cínica e pragmática[18]. O escritor em tela entende que a primeira versão é meramente utópica[19], enquanto a segunda é descritiva

16 "A vertente pragmática que adota enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a 'metafísica' – vê com olhar duvidoso a descoberta de 'verdades objetivas' em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado" (Ibid., p. 40).

17 "A democracia no Conceito 2 é essencialmente um conceito de Schumpeter, apresentado em 1942 em seu livro Capitalismo, socialismo e democracia" (Id., 2010a, p. 138).

18 "O primeiro, que chamo de 'Democracia no Conceito 1', um termo que pretende denotar as versões mais grandiosas de 'democracia deliberativa' e foco desde capítulo, pode ser descrito de forma variada como idealista, teórico e com uma visão de cima para baixo. O segundo, 'Democracia no Conceito 2', uma aproximação à teoria da 'democracia de elites' de Joseph Schumpeter, é realista, cínico e com uma visão de baixo para cima. Meu termo preferido para o Conceito 2 é, sem dúvida, pragmático. […] O Conceito 2 assume o papel central no próximo capítulo, onde defendo que não apenas é uma descrição mais exata da democracia americana do que o Conceito 1, como muitos defensores do Conceito 1 reconheceriam, mas que também é normativamente superior" (Ibid., p. 101).

19 "O Conceito 1 é, em suma, utópico" (Ibid., p. 128). "Com metade da população tendo um QI abaixo de 100 (no entanto, um ponto que o próprio Dewey, um liberal, um 'wet', não se sentiria confortável em tocar), com as questões confrontando o governo moderno altamente complexo, com pessoas comuns tendo tão pouco interesse em questões políticas complexas quanto aptidão para elas, e com os candidatos que as pessoas elegem fustigados por grupos de interesses e as pressões por eleições competitivas, seria irrealista esperar que boas ideias e políticas sensíveis emerjam da desordem intelectual que é a política democrática por um processo adequadamente expressado como sendo deliberativo" (POSNER, 2010a, p. 82).

e normativamente superior, ou seja, melhor representa a realidade e mais adequadamente expressa os anseios democráticos dos norte-americanos.

Segundo a leitura de Posner da democracia de elites de Schumpeter, a população não governa, mas tem a prerrogativa de escolher quem irá governar[20]. Em razão de tal poder de escolha estar nas mãos do povo, as pessoas com maior capacidade e melhor aptidão para governar[21], em vez de se impor pela força (como seria da natureza humana, haja vista que os lobos sobrepõem os cordeiros em todas as sociedades)[22], embrenham-se em uma competição política pela maioria dos votos. Após assumirem o poder, os políticos vencedores procuram adequar seu governo à opinião pública[23], embora seu impulso natural seja satisfazer seus próprios interesses, uma vez que têm o objetivo de ser reeleitos ou de não perder seus mandatos por alguma

20 "A democracia no conceito 2 tem a ver com escolher líderes em vez de escolher políticas" (Ibid., p. 137).

21 "Na democracia representativa, as pessoas não governam, apesar de decidirem que governará. Os governantes são representantes políticos selecionados numa competição eleitoral entre concorrentes que não são, de forma alguma, homens e mulheres comuns, mas pertencentes a uma elite de inteligência, sagacidade, conexões, carisma e outros atributos que os capacita para se apresentarem ao público de maneira plausível como sendo 'os melhores'. Por seu lado, eles nomeiam subordinados que ficam ainda mais distanciados em valores e pontos de vista do público em geral" (Ibid., p. 84).

22 "Em particular, há em toda sociedade uma classe de (na maioria) homens, que estão bem acima da média em ambição, coragem, energia, obstinação, ambição, magnetismo pessoal e inteligência (ou sagacidade). Em outras palavras, a sociedade é composta por lobos e cordeiros. Os lobos são líderes naturais. Eles chegam ao topo em todas as sociedades. O desafio para política é apresentar caminhos para o topo que impeçam que os lobos escorreguem para a violência, a usurpação, a conquista e a opressão, para ganhar seu lugar ao sol" (Ibid., p. 142).

23 "A democracia americana possibilita que a população adulta, a um pequeno custo de tempo, dinheiro ou distração de ocupações particulares, comerciais ou outras, puna pelo menos os erros flagrantes e abusos de autoridade do funcionalismo, para garantir uma sucessão ordenada de funcionários e representantes públicos ao menos minimamente competentes, para gerar *feedback* para estes em relação às consequências de suas políticas, para evitar que ignorem (ou puni-los por ignorar) inteiramente os interesses dos governados e evitar sérios alinhamentos errôneos entra a ação do governo e a opinião pública" (Ibid., p. 141).

forma de impedimento[24]. Em geral, a população encontra-se satisfeita com tal modelo político (de quase representação), visto que pode se dedicar à tarefa produtiva e ao lazer, de modo a promover o desenvolvimento econômico do país, sem ter que se preocupar em obter grandes esclarecimentos sobre políticas públicas, as quais são delegadas aos políticos profissionais[25].

Tal teoria de democracia de elites, ou simplesmente pragmática, é expressamente endossada por Posner, por entender que, a um, descreve melhor a realidade norte-americana e, a dois, trata-se de um modelo voltado para a tomada de ações com base em consequências reais, com a participação (na medida do possível) da grande maioria da população, evitando que o governo esteja lastreado em conceitualismos, crenças ou *slogans*[26]. Aliás, cabe anotar que, para o autor em tela, a democracia dos Estados Unidos da América é o mais "bem-sucedido" exemplo de sistema político já concebido, desde o antigo Império Romano (POSNER, 2010a).

24 "Desta história e de suas observações da natureza humana e das instituições sociais, esses pragmatistas inferem que a democracia no Conceito 1 é inoperável. […] Os democratas no Conceito 2 rejeitam 'a idealização pueril da conversação infinita' juntamente com a concepção do interesse público do estado. Eles vêem a política como uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, constituindo uma classe dirigente, para o apoio do povo, que também se pressupõe buscar seus próprios interesses, não estando nem um pouco interessados na política ou bem informados a respeito dela. A democracia conforme retratada pelos democratas no Conceito 2 não é autogoverno. É o governo por representantes oficiais que são, no entanto, escolhidos pelo povo e que, se não atenderem às expectativas, são afastados pelo povo no final de um mandato curto fixo e limitado" (Ibid., p. 111).

25 "Um forte interesse pela política, principalmente numa sociedade heterogênea, fomenta conflitos de visões de mundo e valores fundamentais, que são dolorosos, divisivos e consomem tempo e energia, conflitos que valem mais ser deixados latentes e inarticulados. […] Uma outra razão para não querer elevar a consciência política da população norte-americana é que mesmo as pessoas educadas e cultas acham difícil analisar profundamente questões distantes de suas preocupações imediatas. As pessoas que votam com base em seu próprio interesse estão pelo menos votando em algo que sabem de primeira mão, suas próprias necessidades e preferências. Tenha cuidado com os eleitores com preocupação muito elevadas" (POSNER, 2010a, p. 87).

26 "A teoria democrática que este livro defende é pragmática. Não devemos ter medo do pragmatismo ou confundi-lo com cinismo ou desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans" (Ibid., p. 2).

3 CARACTERÍSTICAS DO PRAGMATISMO JURÍDICO

Feitas essas observações iniciais, o **primeiro** ponto de destaque da teoria sob foco diz respeito justamente à sua clara vinculação com a vertente pragmatista (ou pragmática, haja vista que o autor não diferencia os termos), porém num sentido cotidiano (e, assim, não filosófico). Aliás, as características peculiares do pragmatismo jurídico recomendam que seja enquadrado como uma corrente autônoma do pós-positivismo, ao lado das propostas procedimentalistas e substancialistas.

Sobre esse ponto, esclarece-se, primeiramente, que os adjetivos 'pragmático' e 'prático' indicam qualidades diferentes, uma vez que o primeiro refere-se a algo vinculado à corrente de pensamento do pragmatismo, a qual é voltada à análise das consequências na tomada de decisões e na efetiva ação (ainda que não de forma puramente utilitarista, segundo o autor em tela), enquanto o segundo termo, de outro lado, diz respeito à funcionalidade de determinada coisa para atingimento de resultados. Assim, as mencionadas palavras são geralmente empregadas no mesmo contexto, haja vista que a apreciação das consequências geralmente envolve também a discussão acerca dos meios mais práticos de obtenção de efeitos reais. Entretanto, a distinção é necessária para compreensão mais precisa da corrente de pensamento pragmática.

Cabe também observar que o pragmatismo jurídico de corte cotidiano proposto por Posner não se confunde com a versão filosófica desenvolvida pelo esforço, principalmente, de pensadores como Charles Sanders Pierce, William James, John Dewey e Richard Rorty, embora se possam perceber as influências que recebeu dessa tradição de pensamento[27]. Ainda que ambas as linhas de desenvolvimento estejam voltadas à análise das consequências,

27 "Vimos que o pragmatismo legal é independente do pragmatismo filosófico" (POSNER, 2010a, p. 75). "Uma razão para desconectar o pragmatismo filosófico da prática jurídica e da política é que as proposições que definem o pragmatismo são proposições de filosofia acadêmica, um campo que essencialmente não tem público entre juízes e advogados – que dirá entre políticos – mesmo quando a filosofia é tratada por professores de direito (alguns dos quais fizeram Doutorado em filosofia) que acham que ele deveria influenciar o direito. Esta lacuna entre teoria e prática pode ser considerada como implicando que os juízes deveriam ter formação em filosofia – com ênfase em pragmatismo! Tenho dúvidas de que esta seja uma boa ideia, mesmo que os juízes fossem considerados, como os políticos não seriam, capazes de se interessar por estudar filosofia" (Ibid., p. 8).

o autor defende que "apelos ao pragmatismo para guiar a adjudicação e outros atos governamentais devem ter suas amarras cortadas da filosofia" (POSNER, 2010a, p. 3).

Ainda, importa assinalar a independência da corrente pragmática quanto às construções teóricas antes examinadas, tanto aquelas de cunho positivista quanto as de viés procedimentalista ou substancialista, franqueando a possibilidade de ser classificada como uma terceira modalidade do pós-positivismo. Notadamente, o pragmatismo jurídico "não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto do positivismo de H. L. A. Hart", "é diferente tanto do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos" e, também, "é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão" (POSNER, 2010a, p. 47). Outrossim, além de ser caracterizada pelo antiformalismo, rejeita a possibilidade de confirmação procedimental ou substancial quanto à correção do resultado.

Em sede conclusiva desse ponto, pode-se afirmar que Posner trata o pragmatismo jurídico sob um viés cotidiano, como uma corrente de estudos que visa a auxiliar os operadores do direito (juízes, advogados e legisladores) na tomada de decisões sobre políticas públicas, no sentido de promover a maximização da riqueza (em sentido não puramente financeiro) para a sociedade, por meio de mecanismos efetivamente úteis no auxílio para a ponderação das consequências futuras de seus atos, segundo uma perspectiva de experimentação real (empírica), orientada para o futuro e desprovida de

ilusões filosóficas quanto à possibilidade de confirmação sobre a correção dos resultados[28].

Segundo o escritor em análise, ser adepto do pragmatismo implica possuir "a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra 'pragmático', significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos" (POSNER, 2010a, p. 38). Seguindo tal linha de raciocínio, o pragmatismo jurídico é fortemente caracterizado por negar o formalismo forte típico das vertentes juspositivistas[29], por defender o uso extensivo do método experimental (empírico)[30] e por ser voltado para a

28 "No sentido que considero apropriado, o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos" (POSNER, 2007, p. 621-622). "Num resumo brutalmente breve, o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiniano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece 'dever' em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos)" (Id., 2010a, p. 65).

29 "Também não sou um positivista jurídico 'forte', como era Holmes; na verdade, resisto a tentativa de dicotomizar direito positivo e direito natural. […] Repito que os positivistas jurídicos para os quais é fácil interpretar os comandos do soberano são formalistas, ao menos no sentido de que acreditam em respostas certa para todas, ou quase todas questões jurídicas. Não me alinho entre os formalistas" (Id., 2007, p. 46).

30 "Como a inteligência é adaptativa ao ambiente em vez de um meio pelo qual podemos encontrar, pela razão, um caminho até verdades últimas, os pragmatistas acreditam que o método experimental de investigação é o melhor. Isso significa tentar uma coisa e depois uma outra num esforço de descobrir meios de melhorar a previsão e o controle do nosso ambiente, tanto físico como social. O modelo é seleção natural, um processo essencialmente de tentativa e erro, de experimentalismo amplo" (Id., 2010a, p. 7).

busca de soluções futuras, ainda que sem desprezar as informações deixadas pelo passado (o qual, todavia, não pode exigir nada no presente)[31].

Segundo, a proposição pragmática em tela ressalta a existência de uma inegável e complexa correlação entre juridicidade e moralidade, ao ponto de negar a possibilidade de cisão entre os direitos positivo e natural[32]. Nesse particular, inclusive, verifica-se uma declarada correlação entre os conceitos de direito de Posner e de Dworkin, pois ambos sustentam que a moral é um insumo inafastável da prática jurídica[33]. Entretanto, com base nos ensinamentos de Friedrich Nietzsche, o autor entende que a moralidade é relativa (e não absoluta), somente sendo perceptível por meio da manifestação da opinião pública[34], de modo que a busca por leis morais universais é, "aos olhos dos pragmatistas, um empreendimento desesperançado" (POSNER, 2010a, p. 6).

Terceiro, importa acentuar que o autor não se dedica especificamente à proposição de uma teoria da norma jurídica, preferindo enfocar com especial afinco o tema da decisão judicial, o qual será explicitado adiante. Notadamente, apenas refere que existem regras jurídicas, consistentes em elementos com maior grau de determinabilidade do resultado, e outros padrões decisórios mais abertos, os quais conferem maior amplitude discricionária ao

31 "E isso implica em que os pragmatistas sejam antitradicionalistas e voltados para o futuro. O passado é um repositório de informações úteis, mas não pode reivindicar nada de nós" (Ibid., p. 5).

32 "Pode influenciar, ainda que ligeiramente, o desenvolvimento do 'direito moral', enquanto, por sua vez, as críticas moralistas das decisões judiciais podem levar os juízes a alterar a doutrina jurídica; portanto, há um complexo entrelaçamento de direito positivo e natural ou, se assim se preferir, de direito e moralidade" (Id., 2007, p. 312).

33 "Enquanto fonte de deveres, direitos e poderes, parece melhor ver o direito como uma atividade de profissionais autorizados (juízes e advogados) unidos por noções vagas, porém poderosas, de decoro profissional, enraizadas basicamente na conveniência social ou, de modo equivalente, na opinião pública estável. **Os materiais do direito positivo e do direito natural são insumos acrescidos à atividade que chamamos de 'direito'. Nesse nível de generalidade, o conceito de Ronald Dworkin converge com o meu**" (POSNER, 2007, p. 320, grifo nosso).

34 "Em outras palavras, a moral é relativa e não absoluta; na verdade, moral é opinião pública" (Ibid., p. 321).

intérprete e aplicador[35]. Inclusive, nega a diferenciação lógica (ou analítica) entre os diversos padrões de deliberação aberta, ou seja, rejeita a classificação deles como políticas ou princípios jurídicos, proposta por Dworkin[36].

Quarto, cabe anotar que o principal objeto de análise de Posner, no tocante ao referente deste estudo, diz respeito ao desenvolvimento de uma teoria pragmática da decisão judicial, segundo a qual os juízes são agentes políticos encarregados de adjudicar direitos mediante uma reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*), guiada por uma análise de maximização de riquezas (*wealth maximization*) e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável (*reasonebleness*).

Esmiuçando tal breve apresentação, cabe acentuar seu entendimento no sentido de que os juízes são inegavelmente agentes políticos, haja vista que integram um dos poderes estatais e, nessa posição, cabe-lhes participar da ampla atribuição de bem governar o país[37], ainda que geralmente (e adequadamente) não tenham sido eleitos, mas recrutados de acordo com a projeção de seu conhecimento jurídico[38]. Essa faceta política da função jurisdicional é bem destacada no cenário do *common law*, no qual a atribuição de criação jurídica da magistratura é acentuada, porquanto lhe cabe apreciar sobre a continuidade dos direitos expressos em precedentes, como também atuar discricionariamente nas margens cognitivas dos enunciados legislativos

35 "Um padrão é geral em termos, como uma regra (na verdade, é mais geral), e não há nada de contraditório na ideia de aplicação imparcial de um padrão, ainda que na prática um padrão possa não ser aplicado tão imparcialmente quanto uma regra, tendo em vista o alcance que o padrão concede ao exercício da discricionariedade" (Ibid., p. 429).

36 "Fazer distinção entre diretrizes para políticas públicas e princípios, e associar os direitos a estes, mas não àquelas, é arbitrário. Não há fundamento para excluir os objetivos coletivos da determinação dos escopos dos direitos subjetivos" (Ibid., p. 321).

37 "Eles [os juízes] são parte de uma atividade viva – a atividade de governar os Estados Unidos –, e quando as ordens de seus superiores não são claras isso não os exime da responsabilidade de contribuir para o êxito da atividade" (Ibid., p. 363).

38 "Muitos Estados norte-americanos enfrentaram corajosamente essa possibilidade, fazendo com que os membros de seus judiciários fossem eleitos. Contudo, essa experiência serviu apenas para enfraquecer a independência dos juízes e estimular a percepção deles (em alguns momentos, autopercepção) como nada além de legisladores togados (se tanto, pois até fins do século XIX a maioria dos juízes norte-americanos não usava toga). Apesar de sua persistência, o conceito de um judiciário eleito é considerado, geral e corretamente, como um fracasso" (POSNER, 2007, p. 21).

e, principalmente, constitucionais[39]. Tal tarefa é reconhecidamente árdua, porquanto os juízes têm uma carga de trabalho excessiva e, assim, acabam se inserindo em uma espiral de produção de decisões em série, sem dispor do tempo e dos meios necessários para receber informações sólidas sobre o efetivo resultado de seu ofício (*feedback*)[40].

Ao exercer tal mister, os juízes devem levar em conta, principalmente, as consequências de suas decisões, no sentido de tentar produzir a melhor solução possível para o progresso do direito e, assim, contribuir na construção de um país melhor. Conforme Posner (2010a, p. 42), "o importante é que os juízes e outros tomadores de decisões pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos". Isso porque "as consequências nunca são irrelevantes em direito" (POSNER, 2007, p. 199). No entanto, tal análise de efeitos futuros não é um mero consequencialismo puro, focado apenas na solução de um caso específico, mas, sim, reflete a necessidade da análise sistêmica do resultado para o futuro do país em sentido amplo, devendo abranger todas as considerações possíveis acerca dos proveitos da deliberação. Com efeito, "o pragmatismo legal não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*, ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso" (POSNER, 2010a, p. 47).

É importante ressaltar que, ao efetuar a análise das consequências sistêmicas da decisão jurídica, o magistrado não está voltado somente para o futuro, embora este seja o caminho natural do raciocínio. Ele também deve ponderar a importância de preservar as tradições jurídicas constituídas, expressas em precedentes anteriores, na legislação e na Constituição, as quais entram na balança como elementos altamente relevantes, haja vista que eventual modificação de orientações passadas pode quebrar sólidas expectativas

39 "O juiz não é apenas um intérprete de materiais jurídicos. Não é apenas um descobridor, mas também um criador do direito" (Ibid., p. 41).

40 "Além disso, a atividade essencial do juiz é a tomada de um grande número de decisões em rápida sucessão, com um escasso *feedback* sobre a solidez ou as consequências delas. […] O juiz que se sente confortável em seu papel toma a melhor decisão possível, e o faz sem arrependimentos" (Ibid., p. 257).

das pessoas, cujo valor para a ordem social e para o bom desenvolvimento das atividades produtivas não pode ser jamais desprezado[41]. Todavia, tal olhar para o passado não reflete uma vinculação estrita e intransponível, cabendo ao órgão aplicador rejeitar justificadamente a manutenção de elementos normativos que não mais atendam aos fins sociais e econômicos para os quais foram estabelecidos, de modo a ser possível um avanço adaptativo no ordenamento jurídico. Nas palavras de Posner (2010a, p. 55), "o pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, mas não porque tenha um senso de dever para com o passado", ou seja, "o juiz pragmático usa a história como um recurso, mas não venera o passado nem acredita que este deva exercer um 'poder singular' sobre o presente" (POSNER, 2011, p. 196). Outrossim, os elementos jurídicos deixados pelo passado (precedentes e textos legislativos) devem ser ponderados juntos, como parte dos argumentos que compõem a análise sistêmica das consequências[42].

A atividade interpretativa dos magistrados deve ser concebida sob uma forma flexível, como uma reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*), segundo a qual lhes cabe elaborar a decisão judicial mais razoável possível, mediante um esforço de tentar imaginar o problema com o qual os juízes pretéritos (em se tratando de precedentes) ou legisladores (no caso de textos legislativos) estiveram envolvidos e, segundo tal ponto de vista, considerar as consequências sistêmicas e as peculiaridades do caso ao definir

41 "A decisão sobre quanto importância se deve atribuir ao precedente anterior – se deve, afinal, ser aplicado, e, se assim o for, quão amplamente – é uma decisão pragmática na qual a incerteza que será criada por uma atitude demasiada casual diante das decisões anteriores – e o trabalho adicional que tal atitude irá engendrar para os tribunais ao exigir mais tempo em cada caso e, em decorrência da maior incerteza, ao gerar mais casos – é comparada com o risco de erros que uma concepção acrítica de decisões passadas irá criar" (POSNER, 2007, p. 132).

42 "As circunstâncias que determinam a razoabilidade das decisões judiciais incluem os termos da lei, os precedentes e todos os outros materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e à conveniência da estabilidade no direito" (Ibid., p. 176). "Rejeitar a devoção à história não significa endossar uma atitude de experimentação incansável com as instituições políticas e jurídicas; significa apenas rejeitar o excesso de zelo" (Id., 2011, p. 189).

o futuro da política pública em questão[43]. Tal tarefa de criação normativa deve ter como norte a razoabilidade (*reasonableness*), que é o critério final para análise da adequação de uma determinada solução e, aliás, é o máximo que se pode exigir de um intérprete e aplicador, considerando a inafastável discricionariedade inerente ao seu ofício[44]. Segundo o autor, a adjudicação pragmática consiste essencialmente em que "o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que 'todas as coisas' incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu sentido mais amplo, talvez, como veremos, ainda mais" (POSNER, 2010a, 10).

Em se tratando especificamente do direito legislado e constitucional, o autor invoca ensinamentos da filosofia da linguagem, com especial enfoque na teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, para concluir que o significado dos preceitos normativos depende não só das propriedades formais e semânticas da construção linguística, mas também das experiências

43 "O ponto crucial da analogia militar sobrevive a todas essas críticas: mesmo num sistema mais hierárquico e homogêneo que o judicial, a interpretação é criativa, não mecânica. É uma tentativa de dar sentido a uma situação (compare-se com a interpretação de sonhos), e não somente a um texto ou a outra forma de comunicação. Quando diante de leis pouco claras os juízes, como oficiais subalternos diante de comandos pouco claros, têm de invocar toda a sua capacidade de imaginação e empatia, numa tentativa – quase sempre condenada ao fracasso – de colocar-se na posição dos legisladores que promulgaram a lei que eles devem agora interpretar. Eles não podem somente estudar o significado evidente; devem tentar entender o problema com o qual os legisladores estiveram às voltas" (POSNER, 2007, p. 367).

44 "*A razoabilidade como norte judicial*. Onde fica o juiz em tudo isso? Não me ocorre nenhuma abordagem melhor, para os juízes, do que conceberem sua tarefa, em cada caso, como a de empenhar-se para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias – que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e virtudes do Estado de Direito como o *stare decisis*" (Ibid., p. 174, grifo do autor). "Vou mostrar-me favorável a uma teoria do direito como 'atividade' – a teoria que fundamenta a teoria da previsão de Holmes; favorável ao behaviorismo e, portanto, contrário às 'férteis' concepções do mentalismo, da intencionalidade e do livre-arbítrio; favorável ao uso crítico da lógica, por oposição a seu uso construtivo; **favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político**" (Ibid., p. 37, grifo nosso).

acumuladas pelo intérprete e das peculiaridades do contexto[45]. A chamada reconstrução imaginativa, então, perpassa a atribuição de significados de acordo com as amarras impostas pelo contexto, que fixam alguns limites ao resultado da interpretação[46]. Cabe acentuar, todavia, que a teoria hermenêutica apenas explica o fenômeno da compreensão, sem oferecer respostas ou critérios para limitar a margem de atuação discricionária do órgão aplicador, que sofre apenas parcial circunscrição textual[47]. Assim, "em resultado, os tribunais desfrutam de uma enorme discricionariedade no que diz respeito às leis e à Constituição; são eles os principais criadores do direito legislado e constitucional" (POSNER, 2007, p. 405) no padrão jurídico norte-americano.

Posner também sustenta que sua proposta de interpretação e aplicação do direito, consistente em uma análise de consequências segundo a reconstrução imaginativa focada na razoabilidade, não pode prescindir de uma aproximação interdisciplinar com outros ramos do saber[48]. Segundo ele, "outras disciplinas têm muito com que contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do direito" (POSNER, 2011, p. VIII). Nessa linha de pensamento, "a análise econômica do direito, quase por definição, nega a autonomia do direito" (POSNER, 2009, p. 19).

Entre todos os ramos do conhecimento, o autor destaca a economia como o que merece maior atenção dos juristas, porquanto "a estrutura implícita de quase todo raciocínio jurídico é econômica" (POSNER, 2007, p. 144)[49]. A teoria pragmática chamada direito e economia (*Law and Economics*)

45 "Repetindo a objeção central à regra do significado evidente: o significado não reside simplesmente nas palavras de um texto, pois as palavras estão sempre apontando para alguma coisa que lhes é extrínseca. O significado é aquilo que emerge quando os critérios e as experiências linguísticas e culturais são aplicados ao texto. A diversidade da cultura jurídica moderna torna inevitável a existência de uma vasta área de indeterminabilidade na interpretação, como parte do fenômeno mais amplo da indeterminabilidade jurídica que discuti anteriormente sem referir-me especificamente à legislação" (Ibid., p. 397-398).

46 "O significado depende tanto do contexto quanto das propriedades semânticas de outras propriedades formais dos enunciados linguísticos" (Ibid., p. 361).

47 "A hermenêutica coloca o problema, mas não oferece solução" (Ibid., p. 399).

48 "A teoria jurídica interdisciplinar é inevitável" (POSNER, 2007, p. 587).

49 "O mais importante campo interdisciplinar dos estudos jurídicos é a análise econômica do direito, ou, em sua definição mais comumente conhecida, 'teoria econômica do direito'" (Id., 2011, p. 3).

ou análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law*) procura, na sua modalidade descritiva, "identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas" (POSNER, 2011, p. XII), e, de outro lado, no aspecto normativo, visa a orientar "os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito" (POSNER, 2011, p. XII). Mediante o emprego dos mecanismos que tal doutrina proporciona, o órgão deliberativo pode simular (mimetizar) um cenário mercadológico em que transações de custo proibitivo seriam viáveis e, dessa forma, oferecer soluções que permitam tais operações, facilitando o livre mercado[50].

Notadamente, a opção entre os vários resultados possíveis implica uma análise de custos e benefícios quanto ao futuro econômico do país[51]. Outrossim, segundo Posner, a decisão jurídica deve promover a maximização da riqueza (*wealth maximization*), no sentido de estimular a otimização de valores e expectativas financeiras e não financeiras, servindo a atribuição de

50 "O aspecto *teórico* mais ambicioso da abordagem econômica do direito é a proposta de uma teoria econômica unificada do direito, no âmbito da qual se considera que a função desta é a de facilitar a operação do livre-mercado e, nas áreas em que os custos das transações mercadológicas são proibitivos, a de 'mimetizar o mercado' por meio de determinações, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações do mercado fossem viáveis" (Ibid., p. XIII-XIV, grifo do autor). "[Teorema de Coase:] A segunda tarefa insere-se num contexto em que os custos de transação são proibitivos e consiste na tentativa de produzir o esquema de alocação de recursos que teria existido se os custos de transação fossem nulos, pois este é o esquema de alocação mais eficiente" (Ibid., p. 18).

51 "Esse tipo de análise, chamada de análise de custo-benefício pelos economistas e de racionalidade de meio-fim (às vezes, de deliberação) pelos filósofos da razão prática, é importante em todos os níveis do pensamento e, com certeza, no raciocínio jurídico" (Id., 2007, p. 142).

preços apenas como parâmetro de análise[52]. O mais poderoso critério para avaliação da eficiência na maximização da riqueza é o chamado teorema de Pareto, segundo o qual "um estado de coisas é ideal se não puder ser alterado sem deixar pelo menos uma pessoa em pior situação, e é superior a outro estado de coisas se deixar pelo menos uma pessoa em melhor situação e nenhuma em má situação" (POSNER, 2011, p. 105). Contudo, a análise pragmática de custo e benefício voltada à eficiência na maximização da riqueza não deve funcionar como um dogma, mas, sim, como um mecanismo que permite mais adequadamente identificar as consequências das decisões judiciais, no sentido de viabilizar uma solução mais razoável[53].

Cabe assinalar, nesse particular, o entendimento do autor de que a maximização da riqueza não é apenas um guia para decisões no cenário do direito consuetudinário ou jurisprudencial (*common law* ou *judge made law*), mas também um valor social, ou seja, um conceito ético, haja vista que serve como referencial para orientação crítica das condutas a ser estimuladas

52 "O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha" (POSNER, 2007, p. 473-474). "Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que 'racional' denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita" (Ibid., p. 474). "A 'riqueza' em 'maximização da riqueza' refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se predispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem)" (Ibid., p. 477).

53 "A importância da economia para o direito é que os economistas estão preocupados em mapear muitas das consequências que são centrais para a análise legal pragmática, como os efeitos econômicos ('econômico' num sentido amplo ou estreito) de sindicatos, cartéis, divórcio, incapacidade, discriminação, indenização punitiva, regulamentações de segurança e saúde, penas de prisão e por aí infinitamente" (Id., 2010a, p. 60). "O juiz pragmático não incorpora a análise custo-benefício ou qualquer outro aspecto da economia como dogma ('economia do bem-estar, derivada por exemplo do utilitarismo). Ele só a usa se ela o ajudar a identificar e pesar as consequências de decisões alternativas" (Ibid., p. 281).

em sociedade[54]. Sob esse ângulo, denota-se que se trata de uma abordagem distinta do utilitarismo, porque não está voltada ao atingimento da obtenção da maior vantagem pessoal, mas, sim, direcionada à otimização das riquezas de forma sistêmica para todos[55].

Assim, Posner concebe a decisão jurídica como uma reconstrução imaginativa, guiada por uma análise de parâmetros econômicos e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável. Para alcançar tal objetivo, o autor sustenta que não existe um método de raciocínio jurídico diferente daquele que cotidianamente as pessoas empregam para tomada de decisões[56]. Entretanto, desenvolve um breve roteiro de quatro etapas para descrever como os juízes deliberam os casos difíceis (*hard cases*) no padrão consuetudinário ou jurisprudencial (*common law* ou *judge made law*). O primeiro passo consiste em obter um conceito geral que sirva de guia para decisão, dentro da área do direito pertinente, com lastro no material jurídico tradicional, consistente nos textos legislativos, na história, nas características dos tribunais e dos legisladores. Nessa primeira fase, o autor sustenta que tal linha mestra deve efetivamente ser a maximização da riqueza. A segunda etapa, por sua vez, consiste em examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar na formulação da deliberação. Em um terceiro momento, o magistrado deve efetuar uma análise das políticas públicas referentes ao caso em questão, em busca de uma proposição reso-

54 "O que talvez seja novidade é que eu não apenas compartilho com Bentham a certeza de que os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação em todos os setores da vida, mas também acredito na eficiência econômica como conceito tanto ético quanto científico" (Id., 2010b, p. 17). "Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação" (Id., 2007, p. 484).

55 "Uma vez que a utilidade é mais difícil de avaliar do que a riqueza, um sistema de maximização da riqueza pode parecer um substituto de um sistema utilitarista, mas é mais do que isso; seu espírito é diferente. A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e anti-social, como demonstrou o último exemplo" (POSNER, 2007, p. 526). Ver, também, Posner (2011, p. 99-102).

56 "[...] a decisão dos casos jurídicos difíceis é, muito frequentemente, uma forma de análise de políticas públicas, e não o produto de uma metodologia específica" (Id., 2007, p. 179).

lutória plausível. Por fim, o juiz deve cotejar tal proposta de solução com os precedentes (novamente), para verificar se eles não a anulam, de modo a atingir o resultado decisório final[57].

Quinto, como se pode perceber do que antes foi dito acerca do modelo deliberativo do pragmatismo jurídico, essa proposta pós-positivista não apresenta critérios adicionais para limitar a discricionariedade decisória dos juízes[58]. Ao contrário, admite que as orientações do passado, como precedentes e textos legislativos, não podem exigir nada do órgão aplicador no presente, muito embora sejam de elevada importância para preservação das

57 "Vou ilustrar o que entendo por decisão judicial bem fundada com um exemplo de direito concorrencial. O primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair (não desnecessário dizê-lo – através de um processo dedutivo), da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem é preciso dizer, de uma opção contestável. Tendo feito essa opção (a Suprema Corte atual quase a fez por ele, mas não inteiramente), o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o segundo passo. O terceiro passo é um juízo sobre políticas públicas – em alguns casos, contudo, pode assemelhar-se a uma dedução lógica – que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto passo retorna aos precedentes, mas estes agora são vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por nenhum precedente vinculante" (POSNER, 2007, p. 177-178).

58 "Para conferir regularidade e previsibilidade ao processo, o poder legislativo cria regras que serão aplicadas pelos juízes, e estes criam suas próprias regras para preencher as lacunas (às vezes enormes) do produto legislativo; se não houver poder legislativo, eles criam todas as regras. […] Em geral, porém, a coisa mais importante é resolver a disputa" (Ibid., p. 177-178).

expectativas das pessoas, de modo que possam conduzir seus negócios com segurança[59]. Para Posner (2010a, p. 89):

> O interesse social na continuidade e na constância da lei, que é importante para possibilitar que as pessoas planejem seus assuntos, deve ser compensado pelo interesse social na adaptabilidade da lei à mudança, que é importante para elaborar normas jurídicas sólidas e decisões sensíveis às circunstâncias particulares do caso individual.

Em outras palavras:

> Entre casos sucessivos, não há interesse social pela continuidade ou pelo ajuste harmonioso enquanto tais. Estabilidade e previsibilidade são meramente duas das considerações que vão determinar se o caso seguinte segue o anterior ou dele se afasta – talvez as duas mais importantes, mas que não influenciam o argumento (POSNER, 2007, p. 349).

Outrossim, o modelo teórico do autor em nada contribui para reduzir a margem de discricionariedade dos órgãos julgadores, salvo a apresentação da linha mestra da maximização de riquezas como critério decisório uniforme.

Em que pese o autor adjetivar como "desejável" a redução da amplitude decisória dos magistrados ao deliberar acerca de políticas públicas, sua

59 "A abordagem pragmática permite ao juiz arrombar a área fechada, apesar de com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências de fazer isto, de, de certa forma, desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato" (Id., 2010a, p. 63). "Além disso, o pragmatismo não deixa os juízes se movimentarem livremente. O juiz pragmático fica menos restringido pela doutrina, pela teoria, do que o juiz formalista pensa estar. Mas as restrições materiais, psicológicas e institucionais sobre juízes pragmáticos e outros são consideráveis e limitam o arbítrio mesmo do juiz pragmático perfeitamente consciente de suas ações. […] A doutrina cria expectativas nas pessoas subordinadas à lei e o valor social de proteger essas expectativas, de facilitar o comércio por exemplo, é algo que um juiz pragmático precisa levar em consideração ao decidir quando, se e como se desviar dos princípios existentes" (Ibid., p. 73). "O pragmatismo de Posner não leva a sério os imperativos contidos nas proposições normativas, sendo adepto de uma flexibilização a critério do aplicador" (DIMOULIS, 2006, p. 160).

visão realista entende que se trata de uma característica típica e inafastável[60]. No seu entender, assim "como os legisladores, os juízes também legislam, apenas o fazem com mais cautela, menos velocidade, mais princípios e menos partidarismo" (POSNER, 2009, p. 250). Além disso, a produção de diversas decisões sobre o tema, com características diversas, apesar de indesejável, pode promover os aspectos empíricos e adaptativos do pragmatismo jurídico, na medida em que ocorre uma seleção natural daquela que apresenta as melhores consequências sistêmicas, à medida que os diversos processos seguem rumo ao ápice da estrutura recursal[61]. Sob essa óptica, "os

60 "É desejável minimizar a discricionariedade das autoridades, inclusive a dos juízes, mas indesejável – e também impossível – eliminar totalmente a discricionariedade oficial" (POSNER, 2007, p. 81). "Para um pragmatista, isso não significa formalismo legal no sentido de uma conformação cega a norma preexistentes – *ruat caelum ut fiat iustitia* (deixe que os céus caiam desde que a justiça se faça) – e assim, uma renúncia de toda flexibilidade, criatividade e adaptabilidade judicial. Significa uma devida consideração (não exclusiva, não obstando as escolhas) pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Reconhece a desejabilidade de não extinguir, mas de circunscrever o arbítrio judicial" (Id., 2010a, p. 47-48).

61 "Assim, o destino de um litigante pode ser determinado pela ocasionalidade com a qual um juiz ou juízes calham de se pronunciar nos sucessivos estágios do seu processo, conforme este vai seguindo seu caminho pelo sistema judicial. Isso é lamentável e até mesmo aterrorizante. Porém, as únicas soluções inimagináveis – um Judiciário homogêneo, no qual juízes sendo parecidos, tenderiam a exercer seu arbítrio da mesma forma ou um corpo de doutrina legal tão detalhado e rígido que juízes não teriam arbítrio – são tão indesejáveis quanto inatingíveis. E mesmo que fosse factível, o que não é, ter um único supremo tribunal nacional estabelecido em tribunal pleno para revisar cada decisão de um juiz de instância inferior, seja ele estadual ou federal, isso seria indesejável, porque centralizaria o poder judicial de forma indevida, esmagando a diversidade e experimentação saudáveis. Isso não parece ser uma solução feliz. Parece inescapável que o povo americano continue a ser cobaia numa experiência nacional realizada pelos tribunais" (Ibid., p. 93). "A miscelânea de virtudes sistêmicas que venho descrevendo implica numa atitude respeitosa pelos juízes não apenas em relação ao texto da constituição ou das leis, mas também em relação às decisões anteriores. De fato, ela exige dos juízes, via de regra, tratarem o texto e decisões anteriores como o material mais importante da decisão judicial, pois são o material no qual a comunidade necessariamente coloca sua confiança principal ao tentar descobrir o que é a 'lei', isto é, o que os juízes farão com uma controvérsia legal se ela surgir. Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar. Esta perspectiva adaptacionista, que encontra eco no pensamento darwinista, é enfatizada no ensaio de Dewey sobre direito, discutido no próximo capítulo" (Ibid., p. 50).

juízes pragmáticos que decidem abraçar uma nova ideologia suplantarão a doutrina estabelecida, 'de significado sem nuances', baseada em decisões judiciais e outros obstáculos formalistas à mudança legal, como os juízes alemães fizeram na era Hitler", mormente porque "o pragmatismo não tem alma; não tem raízes nos conceitos de justiça ou direito natural; não tem nada para se contrapor à opinião pública" (POSNER, 2010a, p. 72).

Um ponto correlato à inafastabilidade da discricionariedade judicial diz respeito à inexistência de critérios sólidos e objetivos que permitam reduzir a margem de manobra do órgão aplicador, apesar dos esforços de teóricos nesse particular[62]. Logo, não há como verificar a correção material de uma decisão judicial de forma objetiva e indiscutível, mas tão somente é viável apontar se a conclusão do magistrado foi razoável ou não[63].

Sexto, considerando o que foi dito anteriormente, verifica-se que há uma incompatibilidade entre a teoria decisória de Posner e a tese da única resposta correta (*the one right answer*) de Dworkin, haja vista o seu entendimento de que a discricionariedade das decisões judiciais é inafastável e implica a possibilidade de diversas soluções razoáveis para o mesmo caso, sem que se possa determinar objetivamente se é a única certa ou não[64].

Para o autor, o principal óbice à possibilidade de cogitar a existência de apenas um resultado escorreito para cada caso reside na heterogeneidade

62 "A busca da objetividade no direito, que até aqui consumiu boa parte de nossa atenção, ainda está por revelar o Santo Graal que permitirá que os juízes decidam os casos mais complicados em bases mais sólidas, 'profissionais' e imperativas, e menos subjetivas, 'políticas' e (frequentemente) idiossincráticas do que seus valores pessoais e suas preferências éticas relativas a políticas públicas" (POSNER, 2007, p. 419).

63 "Como ocorre tão comumente nas decisões jurídicas, sua correção [do caso *Brown vs. Board of Education*] é política e não epistêmica, pragmática e não apodíctica" (Ibid., p. 406). "Se a epistemologia e a ontologia não serão capazes de preservar a objetividade e a autonomia do direito, tampouco o fará a hermenêutica. Nem a teoria interpretativa em geral, nem a rica literatura sobre a interpretação jurídica (uma verdadeira confusão de riquezas) irão subscrever as interpretações objetivas do *common law*, das leis ou da Constituição" (Ibid., p. 611).

64 "Em segundo lugar, pessoas com formação educacional, política e religiosa semelhante tenderão a interpretar uma obra literária de modo convergente, enquanto pessoas com formação diferente tenderão a interpretá-la de modo divergente; o mesmo acontece no direito" (Ibid., p. 270-271). "A essência da tomada de decisões interpretativa está em considerar as consequências das decisões alternativas. Não há interpretações 'logicamente' corretas; a interpretação não é um processo lógico" (Ibid., p. 615).

das atuais sociedades, a exemplo da norte-americana, em que as pessoas divergem sobre uma miríade de temas. Mesmo magistrados com formação acadêmica similar e integrantes do mesmo grupo social podem, eventualmente, ter opiniões diversas acerca da melhor solução para determinada controvérsia jurídica. Por essa razão, é impossível determinar objetivamente se uma resposta é efetivamente a única correta[65].

4 CONCLUSÃO

Em breve síntese, é possível apontar que as características da proposição pós-positivista de Posner, com relação às quatro plataformas centrais da teoria do direito, são as seguintes:

a) as fontes jurídicas são compostas por todos os argumentos empregados pelos magistrados para resolução dos problemas cotidianos, na consecução da tarefa de governar a comunidade, incluindo as orientações deixadas pelo passado e as opiniões acerca das melhores consequências para o futuro;

b) as normas jurídicas são concebidas pragmaticamente, como uma construção baseada em todos os argumentos que os juízes empregam para resolver os problemas concretos, incluído regras jurídicas e outros padrões decisórios menos densos, extraídos de todos os ramos do saber relevantes (interdisciplinaridade);

c) no atinente ao ordenamento jurídico, o autor não apresenta uma variação com relação ao modelo da pirâmide hierárquica juspositivista, salvo quanto à necessária assimilação dos demais padrões normativos menos densos, em razão das demais peculiaridades de sua formulação teórica;

d) a decisão jurídica é tomada politicamente pelos juízes, na qualidade de agentes encarregados de adjudicar direitos, mediante uma reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*), guiada por uma análise de maximização de riquezas (*wealth maximization*) e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável (*reasonebleness*).

65 "A ideia de que existem respostas corretas para todas ou para a maioria das questões morais, é chamada de 'realismo moral', e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem respostas corretas inclusive" (Ibid., p. 269).

REFERÊNCIAS

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. A centralidade material da Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 95, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10831>. Acesso em: 1 dez. 2011.

_____. A revolução na teoria do direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 103, 2012a. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12100&revista_caderno=15>. Acesso em: 15 out. 2012.

_____. A complexidade da norma jurídica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 101, 2012b. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11722>. Acesso em: 2 jun. 2012.

Correspondência | Correspondence:

Orlando Luiz Zanon Júnior
Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Comarca de Porto União, Rua Voluntários da Pátria, 365, Centro, CEP 89.400-000. Porto União, SC, Brasil.
Fone: (42) 3521-3700.
Email: olzanon@yahoo.com.br

Recebido: 19/07/2013.
Aprovado: 23/09/2013.

Nota referencial:

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013. Quadrimestral.