

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O ano de 2020 tem se caracterizado como um ano de muitos desafios na vida não apenas da sociedade brasileira, mas da humanidade como um todo. A pandemia do COVID-19 impôs à sociedade a revisão de uma série de conceitos e estabeleceu a necessidade de um isolamento social sem precedentes, capaz de inibir a realização daquilo que é o mais importante na vida em sociedade, que é o encontro fraterno com o outro, expressão máxima da natureza relacional dos seres humanos.

Foi nesse ambiente desafiador que o CONPEDI 2020 foi realizado, após o cancelamento do encontro marcado para acontecer no mês de julho na cidade do Rio de Janeiro. Para a sorte de todos, a tecnologia permitiu a superação do isolamento social, proporcionando o primeiro CONPEDI virtual, organizado com maestria pela Diretoria e colaboradores, de modo a permitir a continuidade do conagração de pesquisadores em Direito, nacionais e estrangeiros.

Coube ao nosso Grupo de Trabalho, intitulado “Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica”, a apresentação de doze artigos, todos previamente aprovados pelos avaliadores do CONPEDI, representativos da relevante temática: “O posicionamento do pragmatismo cotidiano de Posner no espectro político do pensamento liberal”; “A forma de acesso ao ensino superior nas universidades públicas: justiça, mérito, esforço e oportunidades”; “As provas no processo judicial sob a ótica da epistemologia jurídica”; “A contraposição entre Hayek e Rawls: uma teoria da justiça social”; “O direito na era da inteligência artificial: uma análise sob a ótica do racionalismo jurídico e da teoria da argumentação jurídica”; “A influência da razão pública nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em consonância com John Rawls”; “A teoria das decisões judiciais sob a ótica de Ronald Dworkin”; “Primeiras reflexões sobre o julgamento da ADI 6363 ou sobre como o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação de regras constitucionais sem rasgar a Constituição”; “O enfoque das capacidades por Martha Nussbaum e a busca por uma sociedade justa”; “A superação das desigualdades na Agenda 2030 das Nações Unidas sob a ótica da teoria da justiça distributiva”; “Ideologia e neutralidade científica: entre o jurídico e o político”; e “O suporte fático do direito à saúde no Brasil: as novas delimitações pelo STF - RE 566.471 e RE 657.718”.

É esse rico conjunto de pesquisas sobre as teorias da justiça que temos a honra de apresentar à comunidade científica e aos aplicadores do Direito, na perspectiva de que esses trabalhos possam contribuir para a construção de um mundo fraternal, mais justo e consciente da importância da ciência, que exsurgirá passada a pandemia.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

PPGD UNICURITIBA

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery da Silva

PPGD UNOESC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O POSICIONAMENTO DO PRAGMATISMO COTIDIANO DE POSNER NO ESPECTRO POLÍTICO DO PENSAMENTO LIBERAL.

JUSTICE POSNER'S EVERYDAY PRAGMATISM PLACEMENT ON THE POLITICAL ESPECTRUM OF LIBERAL THEORY.

José Claudio Monteiro de Brito Filho ¹
Fernando Peixoto Fernandes de Oliveira ²

Resumo

O artigo foi elaborado a partir de pesquisas bibliográficas, mediante a utilização do método indutivo, com o objetivo geral de discutir se o pensamento atual de Posner pode ser categorizado em uma das correntes contemporâneas do pensamento liberal. Buscou-se responder se é possível classificar a dimensão normativa da teoria do Pragmatismo de Posner, em sua versão cotidiana, como parte de uma das vertentes contemporâneas da teoria liberal, partindo-se da hipótese de que seria possível realizar tal classificação. Concluiu-se pela refutação da hipótese, uma vez que a teoria estudada rejeita a afiliação a noções pré-concebidas a respeito da justiça distributiva.

Palavras-chave: Teoria da justiça, Pragmatismo cotidiano, Liberalismo clássico, Liberalismo igualitário, Libertarismo

Abstract/Resumen/Résumé

The paper was elaborated based on bibliographical research, using inductive approach method, with the general objective of discussing if Posner's current theory can be categorized as part of one of the main branches of liberal thinking. The present work aims to respond if it is possible to classify the normative dimension of Posner's Everyday Pragmatism as part of one of the contemporary liberal theory, assuming the hypothesis that such classification is possible. In the end, conclude by refuting the hypothesis, understanding Posner's pragmatic proposal by nature, rejects affiliation with preconceived notions concerning the fair distribution of rights in society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of justice, Everyday pragmatism, Classic liberalism, Equalitarian liberalism, Libertarianism

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP e Vice-coordenador do PPGD/CESUPA.

² Mestrando do PPGD/CESUPA

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, em certa medida, é seguro dizer encontra eco no senso comum a afirmativa de que é ineficiente o modo como significativa parcela dos serviços públicos são prestados e a maneira como boa parte das políticas públicas são desenvolvidas e executadas, o que motiva uma crítica, ainda que, por vezes, injusta e pautada em informações inverídicas, dirigida à chamada ineficiência do Estado brasileiro.

A academia, ao menos no que tange aos estudiosos do Direito, possivelmente instigada pela experiência do senso comum, vem, cada vez mais, desenvolvendo estudos de caráter descritivo e normativo, acerca da atividade estatal, especialmente no que tange à eficiência de tal atividade, isto é, a respeito do desenvolvimento de políticas públicas pelo no contexto do Estado brasileiro.

Parcela relevante dos estudos desenvolvidos contemporaneamente relativos ao tema se desenvolvem a partir da escola de pensamento denominada *Law & Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), movimento teórico este que encontra suas origens filosóficas no Pragmatismo Jurídico de Richard Posner.

O Pragmatismo Jurídico de Posner possui, ao menos, duas facetas filosóficas, uma de caráter descritivo, que visa responder ao questionamento sobre “o que é o Direito?” e “como o Direito é aplicado?”, e a outra, de caráter normativo, que visa responder a questão de como os direitos devem ser distribuídos na sociedade.

Interessa ao presente estudo, especialmente, a segunda faceta a que se refere a teoria de Posner, isso porque, após severas críticas, especialmente àquelas formuladas por Dworkin, no que tange a teoria da justa distribuição de direitos na sociedade, o pensamento do autor sofreu significativa reformulação.

Em sua versão fundacional, Análise Econômica do Direito de Posner adotou a teoria da maximização da riqueza social como balizador ético da teoria. Em sua versão renovada, o Pragmatismo Jurídico, agora cotidiano, reposiciona o conceito de maximização da riqueza social, despindo-o de sua função ética, mas, por outro lado, mantendo-o como possível instrumento para obtenção dos melhores resultados sociais.

Ocorre que, mesmo antes da intensificação de seu debate com Dworkin, Posner asseverou relação de intimidade entre o Pragmatismo Jurídico e o Liberalismo de Mill, que originalmente apresentou como critério supletivo para tomada de decisões, isto é, para questões

em que o método econômico se demonstra insuficiente para de prover adequada solução para o caso concreto.

O pensamento liberal, isto é, o pensamento derivado do Liberalismo Clássico, hoje, cinde-se em duas correntes prevalentes, com formulações teóricas essencialmente distintas, quais sejam: O Liberalismo Igualitário, cujo o expoente é John Rawls, e o Libertarismo, cujo pensador mais relevante é Robert Nozick.

Surge então a dúvida que se pretende responder através do presente trabalho: é possível classificar a dimensão normativa da teoria do Pragmatismo de Posner, em sua versão cotidiana, como parte de uma das vertentes contemporâneas da teoria liberal?

Para fins da realização do presente estudo, admitiu-se a hipótese de que: sim, é possível classificar a dimensão normativa da teoria do Pragmatismo de Posner, em sua versão atual, como parte de uma vertente libertária da teoria liberal contemporânea.

Neste sentido o presente artigo tem como objetivo geral discutir se o pensamento atual de Posner pode ser categorizado em uma das principais correntes contemporâneas do pensamento liberal.

O presente artigo, do ponto de vista estrutural, foi dividido em 5 (cinco) seções, sendo 1 (uma) destinada à introdução, 3 (três) destinadas ao desenvolvimento da argumentação teórica e 1 (uma) destinada às considerações finais.

A primeira seção de desenvolvimento terá como objetivo específico apresentar a teoria distributiva no pensamento liberal, utilizando como indutores os pensamentos de Jhon Stuart Mill, como representante do liberalismo clássico, de Jhon Rawls como representante do liberalismo de igualitário e o pensamento de Robert Nozick, como representante do libertarismo.

A segunda seção de desenvolvimento terá como objetivo específico discorrer sobre a reformulação da teoria da Análise Econômica de Posner, especialmente no que tange ao seu aspecto normativo, dando ênfase às críticas de Ronald Dworkin como motivadoras da dita virada pragmática.

A terceira seção de desenvolvimento terá como objetivo desenvolver o raciocínio normativo de Richard Posner, classificando-os em três fases de desenvolvimento, quais sejam o da Maximização da Riqueza como critério ético, o da utilização do pensamento liberal clássico como moralidade supletiva à maximização da riqueza e o da rejeição antifundacionista à filosofia política.

No que tange à metodologia empregada na realização do presente artigo, a pesquisa realizada pode ser classificada como teórica, comparativa, bibliográfica, vez que, a partir de uma abordagem segundo o método indutivo, pretende descrever o fenômeno estudado a partir de dados gerais, obtidos mediante consulta de documentos e trabalhos de cunho acadêmico, mediante a comparação entre teorias, para responder ao problema de pesquisa.

2 O PENSAMENTO LIBERAL EM SUAS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEAS.

O liberalismo, enquanto concepção filosófica, apresentou suas primeiras manifestações na Europa no século XVII, a partir de então se construiu, até a década de sessenta do Século XX, a concepção clássica do pensamento liberal, pautada no individualismo, na liberdade individual como ideal de justiça e, de modo geral, na defesa das liberdades civis e econômicas (FLORIANI, 2018, p. 93-94).

Um dos expoentes do pensamento liberal clássico foi John Stuart Mill, especialmente em sua obra “Sobre a liberdade”, onde aborda questões relativas aos limites à restrição do comportamento dos indivíduos.

A tese defendida por Mill respeito do Liberalismo, em sua concepção clássica, gira em torno da defesa do individualismo e da liberdade de expressão, e da noção de que o Estado não deve intervir nos comportamentos dos indivíduos que não afetem a terceiros de maneira negativa.

As máximas são, em primeiro lugar, que o indivíduo não é o responsável perante a sociedade pelas suas ações, caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo. [...] Em segundo lugar, que o indivíduo é responsável pelas ações que são prejudiciais para os interesses dos outros, e pode ser sujeito tanto à punições sociais como legais, se a sociedade for da opinião de que uma ou outra são necessárias para sua proteção. (MILL, 2006, p. 159-160)

Neste sentido, a filosofia política, da forma como concebida por Mill, normativamente, aponta a promoção das liberdades individuais, políticas e econômicas, como a melhor forma de garantir que as sociedades organizadas progridam em seus avanços sociais (MATTOS, 2008, p. 142).

Após a contribuição de Mill, o pensamento liberal permaneceu em estado monolítico, até que, como apontam Lamarão Neto e Brito Filho (2017, p. 19), a partir do lançamento do livro “Uma teoria da justiça”, de John Rawls, no ano de 1971, houve quebra epistemológica,

mediante a introdução do valor igualdade, ainda que de maneira mitigada, ao pensamento liberal.

A teoria da justiça como equidade de Rawls se apresenta como uma proposição normativa distinta e inovadora, no espectro do pensamento liberal, a respeito da maneira como a qual qualquer associação humana bem ordenada deve ser regida, possuindo uma especial atenção, antes não percebida no pensamento liberal, por aqueles indivíduos menos favorecidos pela distribuição de riquezas dentro da sociedade.

Para eleger os princípios de justiça que regeriam tal associação humana, Rawls se vale da alegoria da posição original e dos sujeitos acobertados pelo véu da ignorância.

Em suma, Rawls, a partir de sua abstração, pretende demonstrar quais princípios de justiça seriam eleitos como justos para reger as estruturas básicas da sociedade por indivíduos racionais, interessados na maximização de seu próprio bem-estar, mas eivados de desconhecimento de suas condições sociais (LAMARÃO NETO; BRITO FILHO, 2017, p. 18-19).

Através de tal esforço no plano da abstração, Rawls conclui que tais indivíduos, nas condições propostas, após decidir racionalmente, chegariam aos seguintes princípios e ordenamento lexical:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos: a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos; b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda regra de prioridade (A prioridade da Justiça Sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos: a) Uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor; b) Uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo. (RAWLS 2008, p. 376) (deveria usar o original)

Os princípios de justiça de Rawls, da forma como enunciados e na ordem lexical como foram organizados, revelam a preocupação do autor, em garantir o exercício das liberdades individuais, tese essa já presente no pensamento liberal, e, ao mesmo tempo, conferir, também, posição de cidadania igual aos indivíduos mais desfavorecidos pela distribuição de recursos (BRITO FILHO, 2014, p. 240-241), ponto fulcral da distinção entre seu pensamento e o pensamento de Mill.

Em contraponto ao surgimento das ideias de igualdade na filosofia política liberal, desenvolveu-se, conforme apontam Floriani e Ribeiro (2018, p. 94-95), o Libertarismo, que consiste no braço do pensamento liberal que, em nome da defesa da liberdade individual, se opõe de maneira veemente à intervenção do Estado na vida privada e na economia, cujo expoente é Robert Nozick.

Segundo Nozick (2009, 64), utilizando-se a lógica kantiana de que todos os seres humanos possuem valor, é injustificável qualquer tipo de imposição de conduta prejudicial aos interesses de um indivíduo, em nome de um ganho maior para outro indivíduo ou para coletividade, isso porque, para ele, não há compensação moral em tal ato.

Nozick, neste sentido, defende a existência de um Estado ultramínimo, ou seja, que atue minimamente na esfera da vida privada, bem como a ausência de tributação, ante ao caráter ilícito que atribui à redistribuição de riquezas por intermédio do Estado (FLORIANI e RIBEIRO 2018, p. 94-95).

Por atuação mínima do estado, no que tange à intervenção do Estado no patrimônio privado, Nozick, em sua proposta normativa preconiza esta deve se limitar a garantir o cumprimento dos contratos e a proteção dos indivíduos contra a violência, o roubo e a fraude (NOZICK, 2009, p. 23)

Há, portanto, uma clara semelhança entre as proposições libertárias de Nozick e o liberalismo clássico, sendo a defesa de Nozick conservadora, no sentido de se ater aos valores originários do pensamento liberal, notadamente a defesa do individualismo.

Em síntese, a teoria de Rawls é a de que a distribuição de recursos a partir de talentos naturais é arbitrária e deve, de certo modo, ser corrigida por um sistema de justiça que privilegie os menos favorecidos, enquanto Nozick preconiza que a distribuição natural de recursos e de talentos, mesmo que arbitrária, desde que lícita, não deve ser alterada pelo sistema de justiça (RÉ, 2016, p.24).

Uma vez delimitados os traços característicos das correntes liberais contemporâneas, quais sejam, o Liberalismo Igualitário e o Libertarismo, cabe-nos explorar o pensamento de Posner para, posteriormente, avaliar a postura dele em relação a tais correntes filosóficas, especialmente no que tange a possível afiliação de seu pensamento à uma destas correntes filosóficas.

3 A REFORMULAÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO DE POSNER EM DECORRÊNCIA DOS DEBATES TRAVADOS COM DWORKIN.

Para a AED, Richard Posner é o teórico contemporâneo com maior relevância, tendo ele pautado sua teoria, da forma como posta no livro “Economic Analysis of Law”, originalmente lançado em 1973, onde se apresentou a primeira versão da teoria, sobre o postulado da maximização da riqueza social (DIAS, 2019, p. 163).

No pensamento de Posner, a riqueza corresponde ao valor monetário que qualquer coisa tem em sociedade, sendo medida a partir do que os indivíduos estão dispostos a pagar uns aos outros por bens que não possuem e por quanto estão dispostos a receber para alienar algo que possuem (MARTÍNEZ, 2018, p. 333-334).

A maximização da riqueza, no sentido da teoria de Posner, como teorizada inicialmente, é alcançada quando os recursos de uma sociedade estejam sob a titularidade daqueles que mais os valorizam, ou seja, estejam por eles dispostos a pagar o maior preço (LEITE, 2018, p. 38-39).

Em sua versão fundacional, a AED, de modo geral, parte da premissa de que as normas jurídicas seriam justas ou injustas, conforme realizassem ou não a maximização da riqueza dentro da sociedade, sendo tal o balizador ético da teoria (FREIRE, 2015, p. 16). Desta forma, justa seria a norma jurídica que promovesse a maximização da riqueza social e injusta a norma jurídica que não o fizesse.

A maximização da riqueza social de Posner, nesta primeira concepção da teoria, surge como tentativa de superação à ética utilitarista de Jhon Stuart Mill, segundo a qual “[...] as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade [...]” (MILL, 2007, p. 21).

Neste sentido, Posner atribui à maximização da riqueza social a qualidade de se preocupar não só com a esfera de moralidade individual, se pautando no interesse em

promover o aumento da utilidade em caráter coletivo, mediante a cooperação entre os indivíduos no ambiente social (DIAS, 2019, p. 163).

A crítica formulada à forma original com a qual Posner apresentou o Pragmatismo Jurídico, de maneira mais contundente, girou em torno, precisamente, da utilização do conceito de maximização da riqueza como representaria máxima moral suprema, conforme Martínez (2018, p. 333), que orientaria a tomada de decisões.

Dentre os críticos de Posner, Ronald Dworkin se destaca como crítico ferrenho, tanto pela popularidade de sua obra, quanto pela contundência de seus argumentos e pela quantidade de trabalhos publicados. Destaque-se que, no livro, “Uma questão de princípios”, Dworkin dedicou dois capítulos à crítica à AED de Posner (RENDEIRO, 2015, p. 111).

Rendeiro (2015, 121), sintetiza às críticas formuladas por Dworkin ao pragmatismo jurídico à duas questões principais. Primeiro, para Dworkin, o pragmatismo não deixa claro o motivo pelo qual a chamada “Maximização da Riqueza Social” deve ser eleita como critério ético maior para a tomada de decisões. Em segundo lugar, Dworkin, de igual forma, não encontra na eficiência pragmática valor em si que justifique sua eleição como critério de análise de justiça.

Dias (2019, p. 164) relata que a discussão acadêmica entre Posner e Dworkin se estendeu no período compreendido entre os anos de 1997 e 2007, através da publicação de diversos artigos por ambos os autores, que culminaram com uma série de ajustes na teoria originalmente proposta por Posner.

Em síntese, após os ajustes teóricos o pensamento de Posner pode ser caracterizado como “[...] uma corrente teórica e filosófica estruturada a partir dos desdobramentos práticos, restringindo os fenômenos mentais à avaliação da sua utilidade e necessidade, isto é, as consequências práticas ou melhores resultados à coletividade.” (PEREIRA, 2015, p. 283)

Uma vez que apresentadas as correntes atuais do pensamento liberal e demonstrado o papel central das críticas de Dworkin na reformulação da ética da teoria de Posner, cabe avaliar a teoria em suas diferentes fases, bem como a sua relação com o pensamento liberal, no sentido de verificar a filiação de tal pensamento à referida corrente filosófica.

4 DA MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZAS À REJEIÇÃO ANTIFUNDACIONISTA.

Partindo-se da noção de que o pensamento de Posner veio se modificando ao longo do tempo, notadamente em reação às críticas formuladas por Dworkin, para os fins deste trabalho, é importante salientar que a virada pragmática, em grande medida, alterou substancialmente a dimensão normativa da teoria posneriana.

Em sua fase inicial, a proposta de Posner era a aplicação da Maximização da Riqueza Social como critério ético balizador, utilizando para tal o raciocínio econômico, a partir da definição de eficiência, como as de Pareto e Kaldor-Hicks, para se chegar a um resultado para a justa distribuição de direitos ou riquezas no caso concreto.

Neste sentido, em sua primeira fase de pensamento, Posner criticou as conclusões apresentadas por Rawls, acerca da ordem lexical com a qual se apresentam os princípios de direito eleitos pelos sujeitos representativos na posição original, isso porque, em sua visão, os sujeitos agiriam sempre como maximizadores de suas próprias expectativas em primeiro lugar, quando postos a decidir sobre os princípios de justiça, nas condições propostas por Dworkin.

Desta forma, caso avessos ao risco de, em meio a distribuição de recursos, receberem poucos ou nenhum deles e sabendo que, eventualmente, tais recursos serão distribuídos, os sujeitos, propõe Posner, em todas as situações optariam por eleger como princípio a maximização da riqueza social.

Rawls asks us to do what we have done many times in this book: Imagine the content of a contract that cannot be made in the market because of high transaction costs. People into the original position know that the wealth of the society may be divided in many ways. If risk averse, they presumably want some protection against getting a very small slice (unless the cake is very large) or no slice at all. Rawls principle gives them too much protection, but this can easily be corrected (in fact was – long before Rawls wrote!³). Given an equal probability of being anyone, each person in the original position will want to maximize the expect utility of his ticket in life's lottery, and these expectations are maximized by maximizing total utility. (POSNER, 2011, p. 637)

Certo é que, desde sua primeira formulação, a teoria de Posner já se preocupava com a distribuição e redistribuição de bens, tendo dedicado três capítulos de “*Economic Analysis of Law*”, para o tema da redistribuição de riquezas na sociedade, que versam sobre o combate à desigualdade social e a tributação do patrimônio.

O pensamento de Posner, naquele momento, em relação combate à desigualdade e a tributação, era o de que existem custos e perda de utilidade agregadas à ideia de que se deve reduzir a desigualdade e isso deve ser levado em consideração no momento de se tomar decisões a respeito da definição de tais políticas (POSNER, 2011).

Já em 1995, por ocasião do lançamento do livro “Para Além do Direito”, Posner promoveu uma primeira parcial alteração em sua teoria.

Naquele contexto, Posner passou a defender que o raciocínio econômico seria suficiente para resolver a maior parte dos casos submetidos à análise do judiciário, mas que, em certos casos, a aplicação do raciocínio econômico não seria suficiente para prover justa resolução do conflito, sendo necessário apelar pela utilização de uma teoria moral mais robusta (POSNER, 2009, p. 22).

Para tais questões, Posner, àquela altura, diz ter abraçado a filosofia política liberal clássica, da forma como posta por Mill em “Sobre a Liberdade”, como suplemento à sua proposição normativa original (POSNER, 2009, p. 22), como forma de decidir os casos excepcionais em que a aplicação de sua teoria original não provesse a solução dita mais justa, especialmente levando em consideração fundamentos de ordem moral, relevantes ao caso concreto.

A opção pelo liberalismo clássico de Mill, conforme Posner (2009, p. 25-26), se justificou, àquela altura, pela compatibilidade entre o raciocínio econômico e o pensamento liberal, isso porque o Liberalismo Clássico, por meio de sua defesa às liberdades individuais e a atividade privada, seria capaz de gerar campo fértil ao desenvolvimento social, o que, segundo ele, se justifica pela ética pragmática.

Ainda assim, Posner (2009, p. 25-26) tece críticas ao pensamento liberal clássico, reputando-o como incompleto, especialmente no que tange à ausência de uma teoria da justa tributação, e entende-o como eivado de preocupações morais paternalistas, visto que tal corrente tem um apreço às concepções paternalistas, como a vedação da prática de esportes letais, das penas cruéis e da pena de morte.

A crítica de Posner ao Liberalismo Clássico e, mais ainda, a maneira supletiva com a qual tal filosofia é incorporada em seu pensamento, revela que, àquela altura, o posicionamento dele a respeito de como os bens deveriam ser distribuídos em uma sociedade bem organizada não havia se alterado.

Ainda na mesma obra, Posner realiza uma defesa da abordagem econômica, sob o ponto de vista pragmático.

Em síntese, mesmo adotando de maneira expressa e supletiva a ética de Mill, Posner ratifica não ser adepto, em sentido integral, de nenhuma teoria da filosofia da justiça. Para ele não importa qual teoria deve ser adotada em todos os casos, mas sim qual teoria melhor se adequa ao caso concreto eventualmente submetido à análise.

[...] Uma crítica muito comum aos esforços da defesa da abordagem econômica como fonte válida de orientação para reformas jurídicas é que os defensores dessa abordagem falharam em fundá-la solidamente em alguma das grandes tradições éticas como a kantiana ou a utilitarista. Embora isso seja cabível como observação, não o é como crítica. A ideia de que o direito deve promover e facilitar o advento dos mercados competitivos, bem como simular os resultados destes em situações nas quais os custos de transação mercadológica sejam proibitivos – a ideia que chamo de “maximização da riqueza” – possui afinidades tanto com a ética kantiana quanto com a utilitarista: com a primeira, porque a abordagem protege a autonomia dos indivíduos produtivos ou ao menos potencialmente produtivos (a maioria de nós); com a segunda, devido à relação empírica entre mercado livre e riqueza humana. Embora a abordagem econômica não possa ser deduzida de nenhum desses sistemas éticos e nem seja completamente coerente com ele, esta não é uma objeção decisiva desde um ponto de vista pragmático. A falta de fundamentação não perturba a nós pragmatistas. Não questionamos se a abordagem econômica do direito funda-se adequadamente na ética de Kant, Rawls, Bentham, Mill, Hayek ou Nozick, mas sim se é a melhor abordagem a ser seguida pelo atual sistema jurídico [...] (POSNER, 2009, 426)

Em período mais recente, a teoria de Posner passou por nova reformulação, esta apresentada em sua obra “*Law, Pragmatism and Democracy*”, lançada no ano de 2003, passando a defender o Pragmatismo Cotidiano.

Em tom confessional Posner (2003, p.56) salienta que o “[...] Pragmatism helps us see the dream of using theory to guide and constrains political, including judicial action is just that – a Dream [...]”, nesse sentido, abraça a noção de que as consequências práticas de cada potencial decisão é que deve orientar o processo decisório.

A refundação da teoria de Posner, sob a forma do Pragmatismo Cotidiano, se pauta na mitigação da discussão filosófica, no sentido de que a teoria não busca definir, de maneira prévia e apriorística, através do esforço filosófico, uma fórmula única para a tomada das escolhas políticas.

Mello Neto e Dias (2018, p. 319-320) esclarecem que há na nova formulação da teoria uma proposta de superação do pensamento filosófico profundo e abstrato, alheio aos fatos, ao passo que a teoria propõe que as possíveis consequências das decisões sejam medidas e comparadas, a fim de definir qual a melhor solução para a distribuição de direitos no caso concreto.

Desta forma, na versão atual do pensamento de Posner, a Maximização da Riqueza, a teoria econômica e a própria teoria liberal de Mill, são postas de lado. Não que tais ideias sejam inteiramente abandonadas, ao contrário, elas deixam de ser caracterizadas como balizadores éticos das decisões políticas, para se tornar possíveis instrumentos para, a depender do caso, serem utilizados na tomada de decisão (FREIRE, 2015, p. 244).

Há uma explanação necessária, entretanto, o Pragmatismo Cotidiano de Posner, ou seja, a versão atual de seu pensamento não é avessa ou proibitiva da utilização de critérios

morais para tomada de decisões a respeito da justa distribuição de direitos, mas, ao contrário admite, a depender do caso, a utilização de critérios distintos, dado o caráter instrumental da moralidade em Posner (DIAS, 2019, p.167)

Não há, portanto, nesse particular, semelhança entre os pensamentos dos pensadores liberais e Posner, essencialmente porque Posner, de maneira consciente, abandona a utilização de um único critério de moralidade política predefinido, como diretriz para tomada de todas as decisões politicamente relevantes.

Mas ainda assim, Posner (2003, p. 78) admite que sua teoria possui uma conexão acidental com o pensamento liberal, isso porque, utilizando o método econômico, para, por exemplo, tratar de questões como a da distribuição de riquezas, a análise das consequências das possíveis decisões acabam por indicar decisões que privilegiam as liberdades individuais e não a redistribuição de riquezas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das pesquisas realizadas, concluiu-se que o pensamento liberal, inaugurado no século XVII, em sua concepção clássica, que tinha como característica fundamental a defesa do indivíduo e de suas liberdades individuais, conforme exemplificado mediante a análise da teoria de John Stuart Mill, passou por momento de quebra epistemológica a partir das contribuições de John Rawls.

Verificou-se que a teoria de Rawls, passou a defender critérios de redistribuição de direitos na sociedade, com uma preocupação em garantir tratamento com igual consideração aos indivíduos menos favorecidos pela distribuição original de direitos nas sociedades que classificou como bem organizadas.

Como reação à aproximação do conceito de liberdade e igualdade proposto por Rawls, compreendeu-se que Robert Nozick inaugurou a corrente do pensamento libertário, que se pauta na intensificação da defesa da liberdade individual, da propriedade privada e na redução do tamanho da atividade estatal, representando, desta forma, visão conservadora no espectro do pensamento liberal.

Em sequência, verificou-se que as críticas de Dworkin tiveram um papel central na reformulação da teoria de Richard Posner, acerca da forma com a qual os bens devem se

distribuídos na sociedade, especialmente no que tange à utilização do conceito de maximização da riqueza como seu balizador ético.

Constatou-se que, após as primeiras reformulações, a teoria de Posner, em princípio, pretendeu utilizar da concepção clássica do pensamento liberal, da forma como enunciada por Jhon Stuart Mill, como critério ético supletivo para definir como os direitos devem ser distribuídos na sociedade, para ajudar a solucionar os casos em que a aplicação do raciocínio econômico, por si só, não fosse suficiente para prover uma justa solução.

A versão atual do pensamento Pragmático, no entanto, abraçou o antifundacionalismo, no sentido de que, mediante a análise do caso concreto, Posner admite que é possível utilizar critérios de diferentes teorias acerca da justa distribuição de recursos na sociedade, a depender do caso concreto em análise. Em verdade, Posner nega de maneira veemente a escolha de uma concepção filosófica prévia e universal a respeito da distribuição de bens na sociedade de maneira preconcebida.

Neste sentido, entendeu-se por refutada a hipótese do presente trabalho, uma vez que não é possível classificar o pensamento de Posner como parte integrante de uma das correntes atuais do pensamento liberal.

A hipótese foi refutada não porque não encontram no pensamento de Posner defesas para as liberdades individuais e econômicas, para individualismo, para redistribuição de riquezas ou para redução da intervenção do estado na sociedade, mas sim por que a teoria normativa de Posner, do modo que está posta, é fundada em critério analítico diverso.

Enquanto os Liberais Mill, Nozick e Rawls, se preocupam com o estabelecimento apriorístico de critérios para a justa distribuição ou redistribuição de bens na sociedade, bem como para o limite desejado de intervenção estatal na vida dos indivíduos, Posner em sua proposta antifundacional, nega valor a uma definição prévia e idealizada da forma de distribuição de bens na sociedade, ao contrário, Posner adota uma postura pragmática, isto é, a justiça da decisão se verifica a partir das consequências que ela trará ao caso concreto.

Desta forma, com base na teoria de Posner é conceitualmente possível que, para casos distintos, sejam aplicados raciocínios que se aproximem ora do Liberalismo Igualitário, na forma como posta por Rawls, ou do Libertarismo, concebido sobre as proposições teóricas de Nozick.

Parece, entretanto, que o pensamento de Posner, em suas várias versões, compartilha apreço, em última análise, pela liberdade individual, o que em certa medida, lhe colocaria no espectro do pensamento liberal, não parecendo haver espaço em sua teoria para aproximações

com doutrinas que desconsiderem, em sua totalidade, a dimensão negativa da liberdade conferida aos indivíduos, o que poderá ser confirmado em estudos ulteriores.

Por derradeiro, cumpre salientar que, por mais que Posner, negue adesão apriorística a uma das correntes do pensamento liberal contemporâneo, tal adesão poderá ser realizada pelo de maneira bem-sucedida pelo intérprete que paute sua atividade interpretativa na teoria posneriana.

6 REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). **Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2015. Cap. 11. p. 227-246.

DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Direito: A aborgagem pragmática de Richard Posner. In: DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 7. p. 151-168.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Para além da abstração da posição original: uma proposição a partir de Nozick e Sandel**. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 41, n. 4, p. 91-114, Dec. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732018000400091&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0101-3173.2018.v41n4.06.p91>.

FREIRE, Alonso. O Pêndulo De Posner. **Revista Pensamento Jurídico**. [S.l.], v. 8, n. 2 p. 225-248, oct. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21/37>. Acesso em: 13 jul. 2019

GERHARDT, Deborah R. A Behavioral Economics View of Judge Posner's Contracts Legacy. **University of the Pacific Law Review**. vol. 50, no. 3, 2019, p. 349-362. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/mcglr50&i=369>. Acesso em: 15 jul. 2019

LAMARÃO NETO, Homero; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O princípio da diferença para além da mera compensação. In: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. (Coord.). **Desenvolvimento, Trabalho e Políticas Públicas**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 01. p. 15-38.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional**: uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Ppgd, Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém, 2018. Disponível em: <http://repositorio.cesupa.br:8080/jspui/handle/prefix/103>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MARTÍNEZ, Carlos. "Maximización de la riqueza" y asignación de derechos en Richard Posner. **Revista Persona y Derecho**, [S.l.], n. 60, p. 323-351, oct. 2018. Disponível em: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/31712>. Acesso em: 13 jul. 2019 doi: <http://dx.doi.org/10.15581/011.60.323-351>.

MELLO NETO, Ridivan Clairefont de Souza; DIAS, Jean Carlos. A DEMOCRACIA PRAGMÁTICA EM RICHARD POSNER E O PAPEL DO PRAGMATISMO COTIDIANO NA SEARA DEMOCRÁTICA. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 23, n. 3, p.310-332, 14 dez. 2018. Centro Universitario Autonomo do Brasil. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31415>.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa – Portugal: Edições 70. 2006.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala. 2007.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2009.

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise Econômica do Direito e Pragmatismo: Algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (Org.). **O Pensamento Jurídico Contemporâneo**. São Paulo: Método, 2015. Cap. 13. p. 275-290.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8 ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, And Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RÉ, F. UM PARALELO ENTRE DUAS CONCEPÇÕES LIBERAIS DE JUSTIÇA: O LIBERTARIANISMO DE ROBERT NOZICK E O LIBERALISMO-IGUALITÁRIO DE JOHN RAWLS. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, v. 2, n. 27, p. 6-33, 14 abr. 2016.

MATTOS, Laura Valladão de. A posição de J. S. Mill em relação ao Estado: os casos das sociedades 'civilizadas' e das sociedades 'atrasadas'. **Econ. soc.**, Abr 2008, vol.17, no.1, p.135-155. ISSN 0104-0618

RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito In: DIAS, Jean Carlos (Org.). **O Pensamento Jurídico Contemporâneo**. São Paulo: Método, 2015. Cap. 5. p. 111-122.