

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

A DIVERGÊNCIA TRANSATLÂNTICA NO PENSAMENTO JURÍDICO: O DIREITO E ECONOMIA NORTE-AMERICANO VS. O DOUTRINALISMO ALEMÃO

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>

Authors

Grechenig, Kristoffel
Gelter, Martin

Publication Date

2010-04-26

Peer reviewed

A DIVERGÊNCIA TRANSATLÂNTICA NO PENSAMENTO JURÍDICO: O DIREITO E ECONOMIA NORTE-AMERICANO VS. O DOUTRINALISMO ALEMÃO

(*THE TRANSATLANTIC DIVERGENCE IN LEGAL THOUGHT: AMERICAN LAW AND ECONOMICS VS. GERMAN DOCTRINALISM*)

Kristoffel Grechenig & Martin Gelter***

Tradução: Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro

Revisão: Bruno Meyerhof Salama

RESUMO: O Direito e Economia se tornou uma parte integrante da academia jurídica dos Estados Unidos e do currículo das suas faculdades de direito. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a crítica alemã resultou em uma jurisprudência transcendental “baseada em valores”. Ao desconstruir o pensamento jurídico clássico nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência que foi preenchido por uma discussão sobre política. O fator mais decisivo foi a convicção de que estimativas sobre utilidade individual são uma abordagem melhor do que qualquer alternativa, o que é compartilhado pelo utilitarismo e pela análise econômica do direito. Como um resultado preliminar, nós podemos identificar duas razões cruciais de por que a economia foi facilmente implementada na academia jurídica norte-americana: primeiro, o utilitarismo tinha ganhado uma

* *University of St. Gallen, Suíça, Department of Law; Instituto Max Planck, Bonn, Alemanha.* À época da elaboração deste artigo, o autor estava trabalhando para o projeto *START "Legal Evolution and European Harmonization of Company Law"* na *Vienna University of Economics and Business Administration*.

** *Vienna University of Economics and Business Administration, Viena, Áustria.* Nós gostaríamos de agradecer a Anne van Aaken, Thomas Bachner, Simon Deakin, Helge Dedek, Philipp Klages, Michael Litschka, Gerhard Luf, Jürgen Noll, Alexander Somek, Holger Spamann, Brian Tamanaha, Tobias Tröger, Wolfgang Weigel, Viktor Winkler, Martin Winner e aos participantes do *Functionalism and Legal Evolution Workshop* (realizado em julho de 2005), promovido pela *Vienna University of Economics and Business Administration Law*, do *Joseph von Sonnenfels Center for the Study of Public Law and Economics Young Scholars' Workshop* (realizado em novembro de 2005), promovido pela *University of Vienna*, e dos *START Workshops* (realizados em maio de 2006), promovidos pela *Vienna University of Economics and Business Administration* pelos comentários úteis durante as diversas etapas do nosso trabalho. Uma versão resumida deste artigo em alemão foi aceita para publicação pelo *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* (2008). For comments regarding the Portuguese version, we would like to thank Jose Ferreira Gomes.

importância significativa na sociedade norte-americana e também influenciado o movimento moderno de Direito e Economia. Fora dos países de língua alemã, Mataja foi incorporado, dentre outros, pelo acadêmico francês Teisseire em seu livro de 1901 *Essai d'une theorie générale sur le fondement de la responsabilité* e pelo acadêmico húngaro Geza Marton. Nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico desacreditou o pensamento jurídico clássico e abriu a academia jurídica para critérios externos.

I. INTRODUÇÃO

O Direito e Economia se tornou uma parte integrante da academia jurídica dos Estados Unidos e do currículo das suas faculdades de direito. Desde o movimento do Realismo Jurídico, acadêmicos geralmente vêem o direito de uma perspectiva externa.¹ Pode ser surpreendente para muitos nos Estados Unidos que a academia jurídica européia tenha sido em grande parte resistente a esse desenvolvimento. O direito é tipicamente visto “de dentro”, isto é, como sendo uma disciplina autônoma independente das outras ciências sociais. A maioria da academia jurídica é doutrinária, significando que acadêmicos do direito empregam métodos interpretativos para sistematicamente revelar o direito e para descobrir o que é o direito, freqüentemente antes mesmo de chegar à apreciação de um tribunal. A academia jurídica norte-americana é muitas vezes considerada bastante estranha e o Direito e Economia em particular muitas vezes enfrenta uma rejeição imediata.

Neste artigo, nós tentamos explicar essa divergência no discurso da academia jurídica usando a recepção do Direito e Economia na academia jurídica em países de língua alemã como exemplo ilustrativo. Entretanto, nós suspeitamos que nossa abordagem possa ser generalizada para outras partes da Europa por causa das raízes comuns e dos fatores históricos similares que podem ser identificados em muitas partes do continente Europeu.

Propomos uma explicação bipartida sobre por que o Direito e Economia desempenha um papel insignificante em países de língua alemã, enquanto os Estados Unidos se tornou um bastião deste movimento. Primeiro, nos Estados Unidos o Realismo Jurídico (em seu cenário político particular) desacreditou o que se tornou conhecido como pensamento jurídico clássico. Como resultado, acadêmicos do direito nos Estados Unidos foram receptivos a novas abordagens que começaram a prosperar mais tarde durante o século XX. Em países de língua alemã, a Escola do Direito Livre possuía uma agenda similar, mas não foi bem-sucedida em deslocar abordagens doutrinárias. Consequentemente, não houve vazio a ser preenchido por critérios externos. Segundo, desde o século XIX, o utilitarismo tinha ganhado ampla aceitação

¹ James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy* 104-07 (1996).

nos círculos intelectuais norte-americanos. Como esta forma a fundação da economia moderna do bem-estar, seus pressupostos fundamentais proporcionam um solo fértil para o incipiente movimento de Direito e Economia. Em contraste, a filosofia alemã promoveu uma atitude hostil estritamente antiutilitarista ante qualquer movimento de Direito e Economia. Na medida em que critérios externos foram (ou são) aceitos pela academia jurídica, eles precisavam ser tomados de uma fonte diferente. Foi recentemente destacado que, tanto nos Estados Unidos, quanto na Alemanha, teorias do direito contrárias ao positivismo prevaleceram. Ao contrário dos Estados Unidos, a crítica alemã resultou em uma jurisprudência transcendental “baseada em valores”.² Na nossa visão, nenhum destes dois fatores sozinhos pode explicar o sucesso do Direito e Economia nos Estados Unidos em relação à Europa, mas a combinação dos dois pode.

Nós procedemos desta forma: A seção II descreve a rejeição da análise econômica do direito em países de língua alemã e dá uma visão geral sobre as explicações que nós encontramos na literatura existente. A seção III delinea nossas próprias hipóteses. A seção IV traça o desenvolvimento nos Estados Unidos, baseado na literatura existente. Ela começa com o pensamento jurídico clássico do final do século XIX e subsequentemente mapeia o Realismo Jurídico e o começo do desenvolvimento do Direito e Economia desde os anos 60. A seção V descreve o desenvolvimento da teoria do direito em países de língua alemã. Como tanto o Realismo Jurídico quanto a Escola do Direito Livre destacaram, uma abordagem doutrinária sobre o direito é igualmente propensa à exploração para atingir determinados objetivos políticos. O estado atual da discussão sobre filosofia do direito é relevante para nós na medida em que ele influencia o discurso jurídico padrão, em particular as formas predominantes da academia jurídica. A seção VI resume a discussão acima.

II. A POSIÇÃO COMPARATIVAMENTE FRACA DO DIREITO E ECONOMIA EM PAÍSES DE LÍNGUA ALEMÃ

A. O Estado Atual da Recepção da Análise Econômica do Direito Norte-americana

² Viktor Winkler, Review Essay - Some Realism about Rationalism: Economic Analysis of Law in Germany, 6 German L. J. 103, 1042 (2005).

Acadêmicos do direito típicos da Europa continental muitas vezes consideram os artigos publicados em *law reviews* norte-americanas como muito estranhos. O que parece surpreendente não é tanto a imersão dos artigos norte-americanos no sistema do *common law*, mas a interdisciplinaridade e, para o observador europeu, as abordagens surpreendentemente “não jurídicas” adotadas por acadêmicos norte-americanos. Enquanto que a doutrina jurídica europeia tipicamente enfoca a interpretação da lei e a tentativa de suavizar suas inconsistências progredindo no entendimento sobre seu sistema e estrutura inerentes, os acadêmicos norte-americanos geralmente vêm a lei de uma perspectiva externa. O Direito e Economia é o exemplo ilustrativo mais importante, na medida em que parece dominar alguns campos quase que completamente. Um acadêmico italiano recentemente observou que os professores norte-americanos de direito societário na realidade não são acadêmicos do direito, mas sim economistas cujo campo de pesquisa é o direito.³

Essa abordagem puramente funcional distingue a academia jurídica norte-americana da academia na Europa, incluindo o Reino Unido.⁴ Especialmente em países de língua alemã, abordagens econômicas sobre o direito têm encontrado rejeição muito frequentemente; o direito não é apenas visto como um campo a ser investigado com métodos de qualquer ramo de ciências sociais, mas como uma disciplina acadêmica separada e com métodos “científicos” particulares.

A academia germânica tem desenvolvido tratados⁵, artigos⁶ e institutos de pesquisa dedicados à análise econômica do direito.⁷ Ainda assim, previsões sobre a influência do Direito e Economia feitas no começo dos anos 90 não têm se confirmado: em 1991, Ugo Mattei e Roberto Pardolesi sugeriram que o status do Direito e Economia

³ Stefano Lombardo, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community* 18 (2002).

⁴ Mas veja Heikki Pihlajamäki, *Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared*, 52 *Am. J. Comp. L.* 469 (2004) (discutindo a notável exceção da Escandinávia).

⁵ E.g. Bernd Schäfer & Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts* 10-11 (3 ed. 2001); Wolfgang Weigel, *Rechtsökonomik* (2d ed. 2003); Michael Adams, *Ökonomische Theorie des Rechts* (2nd ed. 2004); Jürgen Noll, *Rechtsökonomie - Eine anwendungsorientierte Einführung* (2005).

⁶ A literatura germânica começou a discutir a análise econômica do direito nos anos 70 e no começo dos 80. Veja, e.g., Peter Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, nota 10 (1986) (para referências às discussões iniciais).

⁷ Por exemplo, os departamentos e centros de Direito e Economia das Universidades de Hamburgo, Saarbrücken, Viena e St. Gallen.

na Europa apenas se situava atrás dos Estados Unidos cerca de 15 anos.⁸ Pressupondo uma velocidade de desenvolvimento aproximadamente igual, se esperaria que a situação hoje devesse ser comparável à do começo dos anos 90 nos Estados Unidos. Hoje, parece que a Europa não acompanhou o mesmo ritmo. Mesmo que a academia de Direito e Economia tenha claramente aumentado nos anos recentes, ela continua ficando para trás.⁹ O número de artigos em Direito e Economia é ainda muito pequeno em relação à quantidade publicada nos Estados Unidos, e grande parte da literatura em Direito e Economia é ignorada pelo discurso jurídico. Acadêmicos do direito raramente desenvolvem seus próprios argumentos econômicos; onde o Direito e Economia é discutido, o objetivo primordial é muitas vezes ganhar um entendimento do pensamento jurídico norte-americano ao invés da aplicação específica de argumentos econômicos a questões jurídicas.¹⁰ Admitidamente, existem muitos críticos da perspectiva do Direito e Economia nos Estados Unidos. Entretanto, tais críticas se opõem a um poderoso movimento intelectual no país, ao passo que críticas similares na literatura de países de língua alemã são mais ou menos dirigidas contra uma muda que ainda não foi capaz de crescer raízes fortes. Acadêmicos da corrente tradicional destacaram que, enquanto que a análise econômica enfatiza critérios de eficiência e visa a criar uma alocação ótima dos recursos sob custos de transação mínimos, estes fatores não podem ser de importância primordial, na medida em que o sistema jurídico também precisa levar em conta valores não pecuniários.¹¹ A maioria das críticas enfatiza que a eficiência

⁸ Ugo Mattei & Roberto Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 *Int'l. Rev. L. & Econ.* 265, 271-72 (1991) (identificando uma diferença de pelo menos quinze anos, enquanto ao mesmo tempo sugerindo que o Direito e Economia poderia se desenvolver mais rapidamente na Europa por causa do sistema diferente de nomeação de juízes). Veja Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* 89, 91 (1997) (um co-autor mantendo essa posição alguns anos depois); veja também de forma geral Gerard Hertig, *The European Community*, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 331 (1991). Veja também Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, 36 *Suffolk U. L. Rev.* 631, 674-78 (2003) (identificando a globalização do discurso jurídico contemporâneo independente do Direito e Economia).

⁹ Kenneth G. Dau-Schmidt & Carmen L. Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 602, 620 (2006); Nuno Garoupa & Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States* 12-19 (III. *Law & Econ. Working Papers Series, Research Paper No. LE07-009*, 2006) (apresentando evidências de artigos de periódicos).

¹⁰ Garoupa & Ulen, *Ob cit.*, p. 2.

¹¹ E.g., Jochen Taupitz, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht - Eine Zwischenbilanz*, 196 *Archiv für die civilistische Praxis* 114, 133 (1996); Helmut Koziol & Rudolf Welser, 1 *Grundriss des bürgerlichen Rechts* 20-21 (12ª ed., 2002). Veja, e.g., Hans-Peter Schwintowski, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 53 *Juristen-Zeitung* 581, 587 *passim* (1998) (discutindo essa concepção equivocada). Veja também Bernd Schilcher, *Theorie der sozialen Schadensverteilung* (1977) (argumentando que o “princípio capitalista de distribuição” (*marktwirtschaftliches Verteilungsprinzip*) contradiz o “princípio social” (*Sozialprinzip*)).

negligencia a distribuição de bens e renda, o que leva a um agravamento das desigualdades existentes.¹² É argumentado que substituir as obrigações de éticas jurídicas com cálculos de utilidade sob a assunção do *homo economicus* discrimina os pobres, dessa forma falhando em atingir os objetivos de justiça social.¹³ Adicionalmente, a análise econômica tem a reputação de empregar modelos utópicos que não podem ser aplicados a questões práticas.¹⁴ Além disso, oponentes da análise econômica destacam que a ciência social é geralmente incapaz de proporcionar resultados precisos, o que significaria que quaisquer alegações sobre conseqüências econômicas de regras jurídicas são puramente especulativas.¹⁵

Em muitos casos estas críticas podem ser devidas a um entendimento restrito sobre economia entre acadêmicos tradicionais do direito, que são raramente familiares com seus instrumentos analíticos, tais como o papel de modelos¹⁶ ou o significado de valores não pecuniários.¹⁷ Por um lado, certas abordagens ao Direito e Economia, especialmente aquelas ligadas à Escola de Chicago¹⁸, oferecem um alvo fácil pra

¹² E.g., Karl-Heinz Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, 41 Juristen-Zeitung 817, 823-24 (1986); Taupitz, nota acima 11, p. 124 (sugerindo que aspectos da distribuição social de recursos estão *per se* fora do escopo da análise econômica).

¹³ Taupitz, Ob. cit., p. 133.

¹⁴ Fezer, nota acima 12, p. 822-23; veja também Friedrich Rüffler, Glaubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH - überholtes oder sinnvolles Konzept, 4 Gesellschafts- und Steuerrecht Aktuell 144 (2005) (rejeição imediata da análise econômica); veja de forma geral Fritz Rittner, Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz, 60 Juristen-Zeitung 668 (2005).

¹⁵ Esse argumento já foi feito no final do século XIX. Veja Izhak Englard, Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort, 10 Int'l Rev. L. & Econ. 173, 185 (1990). Isso foi novamente levantado por Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? 23-52 (1953, Reimpresso em 2005). Cf. Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, 60 Juristen-Zeitung 216 (2005) and Rittner, nota acima 14; Horst Eidenmüller, Schlusswort, 60 Juristen-Zeitung 670, 671 (2005), para a controvérsia entre Eidenmüller e Rittner sobre os méritos do Direito e Economia comportamental.

¹⁶ Veja, e.g., Fezer, nota acima 12, p. 820 (apontado a ausência de custos de transação no Teorema de Coase); mas veja Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ. 1, 15-19 (1960) (analisando mercados na presença de custos de transação).

¹⁷ Ocasionalmente, tem sido apontado mesmo na literatura jurídica germânica que valores não monetários não são *a priori* excluídos da análise econômica. Veja, e.g., Schwintowski, nota acima 11, p. 587-88. Veja também Frank Adloff, Theorien des Gebens - Nutzenmaximierung, Altruismus und Reziprozität, in Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft 139 passim (Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel & W. Rainer Walz eds., 2005); Ludwig von Auer, Ökonomische Theorieansätze des Gebens, in Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft 159 passim (Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel & W. Rainer Walz eds., 2005) (controvérsia sobre preferências não monetárias na economia em geral).

¹⁸ O mais proeminente é provavelmente a abordagem de maximização de riqueza de Richard Posner. Veja Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Stud. 103 (1979) [doravante Posner, Utilitarianism]; veja de forma geral Richard A. Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 487 (1980). Posner parece ter se retratado de sua posição. Veja Richard A. Posner, The Ethics of Wealth Maximization, 36 U. Kan. L. Rev. 261, 265 (1988) [doravante Posner, Ethics]; Richard A. Posner, The Problematics of Moral and

ataques e uma base para rejeição imediata de qualquer abordagem econômica do direito, algumas vezes sem análises e discussões profundas.¹⁹

Desde os primeiros dias do Direito e Economia moderno, a maximização de riqueza tem sido criticada como uma abordagem que não corresponde aos objetivos de bem-estar econômico da maximização do bem-estar social total, i.e. a maximização da utilidade total dentro de uma sociedade.²⁰ Tem sido destacado que, se para as pessoas a distribuição desigual de riqueza representa uma desutilidade, então a maximização da utilidade total deve incluir considerações distributivas.²¹ Entretanto, abordagens alternativas e refinamentos das teorias iniciais permanecem sendo ignoradas.

No geral, o Direito e Economia ainda tem que superar obstáculos significantes nos países de língua alemã. Algumas vezes, análises econômicas são consideradas aceitáveis desde que sua aplicabilidade seja restrita à legislação e, então, excluída do

Legal Theory, 111 Harv. L. Rev. 1637, 1670 n.62 (1998) [doravante Posner, Problematics]; Francesco Parisi, Methodological Debates in Law and Economics: The Changing Contours of a Discipline, in *The Origins of Law and Economics* 33, 47-48 (Francesco Parisi & Charles K. Rowley eds., 2005) [doravante Parisi, Changing Contours]; Charles K. Rowley, An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003, in *The Origins of Law and Economics* 3, 21-22 (Francesco Parisi & Charles K. Rowley eds., 2005).

¹⁹ Tratados germânicos proeminentes sobre métodos jurídicos tipicamente mencionam apenas Richard Posner como um representante do Direito e Economia norte-americano e não fazem referência a outras abordagens: veja Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen* n.852, 855 (2ª ed. 1991), Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* 331 (2ª ed. 1991); Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Código Civil]* 2003, 62º ed., Einleitung, n.32 (F.R.G.). As críticas de alguns outros autores também parecem recair apenas sobre a abordagem da Escola de Chicago, e.g., Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* 236 (2ª ed. 2005) (citando principalmente um artigo publicado por Eric Posner em 2003); Koziol & Welser, nota acima 11, p. 20-21; veja também Klaus Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit* (2003) (discutindo principalmente Posner, mas também mencionado outros autores). Um tratamento mais compreensivo é dado por Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip* (1995) (permitindo o Direito e Economia em políticas jurídicas, mas como uma diretriz de interpretação apenas onde a eficiência tenha se tornado a política de uma lei), Behrens, nota acima 6, e Anne van Aaken, *Rational-Choice in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht* (2003). Sobre assunções controversas do Direito e Economia, veja abaixo Seção IV.

²⁰ Veja Guido Calabresi, *The Cost of Accidents* 24 (1970); Guido Calabresi, *About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin*, 8 Hofstra L. Rev. 553 (1980); Guido Calabresi, *The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence?*, 68 Proc. Brit. Acad. 85, 89 (1982); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness vs. Welfare* (2002); Parisi, *Changing Contours*, nota acima 18, p. 44-48 (resumindo).

²¹ Veja Calabresi, *The New Economics Analysis of Law*, Ob. cit., p. 93-94, 97-100. Para uma discussão mais abrangente veja Kaplow & Shavell, ob. cit., p. 28. Juseconomistas normalmente argumentam que a redistribuição não deveria ser tentada por regras jurídicas substantivas, mas deixada ao direito tributário. Veja Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. Legal Stud. 821 (2000). A justiça distributiva foi levada em consideração pelo utilitarismo já nos trabalhos de Jeremy Bentham. Veja, e.g., Paul J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice - Jeremy Bentham and the Civil Law* 14 passim (1990).

escopo das tarefas diárias de um jurista ou de um acadêmico do direito.²² Onde ela é aceita como um elemento de interpretação, geralmente como um tipo de interpretação propositiva da lei²³, ela permanece estritamente subordinada aos cânones tradicionais de interpretação.²⁴

i. Uma Breve Visão Geral da Literatura Existente

1. A Divergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*

Até agora, a grande parte das explicações sobre esta divergência tem enfatizado fatores institucionais. Ugo Mattei e Roberto Pardolesi sugeriram que uma razão central para a divergência é o sistema descentralizado de tomada de decisão e a posição mais poderosa do juiz no *common law* anglo-saxão, em oposição ao estereótipo dos juízes do *civil law* continental como um mero intérprete da lei.²⁵ Um argumento relacionado foi apresentado por Christian Kirchner no contexto germânico. Ele traça o entendimento

²² Veja de forma geral Eidenmüller, nota acima 19; veja de forma geral Taupitz, nota acima 11.

²³ Veja, e.g., Bydlinski, nota acima 19, p. 331; Kramer, nota acima 19, p. 236-37; Dieter Krimphove, *Rechtstheoretische Aspekte der "Neuen ökonomischen Theorie des Rechts,"* 32 *Rechtstheorie* 530 (2001); Reinhard Kohl, *Über die Rechtsanwendung im Sinne der Ökonomischen Analyse des Rechts im Verhältnis zu den hergebrachten Kanons der Gesetzesauslegung,* in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1992, 29-46 (Stephan Breidenbach et al. eds., 1993).

²⁴ Veja a discussão em trabalhos padrões sobre a interpretação tais como Pawlowski, nota acima 19, nas notas 852, 855 (2ª ed. 1991); Kramer, nota acima 19, pp. 236-7; F. Bydlinski, nota acima 19, pp. 331-32. O Direito e Economia não é nem mesmo discutido por Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6ª ed. 1991) e Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (4ª ed. 1985); veja também tratados padrões sobre direito civil tal como Palandt, nota acima 19, em *Einleitung* notas 32-3; Koziol & Welser, nota acima 11, pp. 20-21; veja também Taupitz, nota acima 11, pp. 135-36; Eidenmüller, nota acima 19, p. 450 passim; Horst Eidenmüller, *Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse,* 197 *Archiv für die civilistische Praxis* 80 passim (1997) e a taxaço particularmente crítica de Fezer, nota acima 12, p. 817 e ss. Para uma explicação descritiva dessa rejeição veja Christian Kirchner, *The difficult reception of law and economics in Germany,* 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 277-8 (1991); Taupitz, ob. cit., p. 128 passim.; Victor Winkler, *Ökonomische Analyse des Rechts im 19. Jahrhundert: Victo Matajas "Recht des Schadensersatzes" revisited,* 26 *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 262 (2004); Wolfgang Weigel, *Law and Economics in Austria,* in *International Encyclopedia of Law and Economics* Nr. 0305 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000), em <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>>; Gerard Hertig, *Switzerland,* 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 293 passim. (1991). Para referências adicionais a teorias do direito e à academia jurídica doutrinária veja Schäfer & Ott, nota acima 5, p. 10-11. Para uma discussão sobre eficiência como um princípio constitucional, veja Konrad Lachmayer, *Effizienz als Verfassungsprinzip: Eine Maxime für staatliches Handeln in Österreich?*, in 44 *Assistententagung, Recht und Ökonomik* 135 passim (Marc Bungenberg, Stefan Danz & Helge Heinrich eds., 2004).

²⁵ Mattei & Pardolesi, nota acima 8, p. 267; Mattei, nota acima 8, p. 81-82. Veja de forma geral Richard A. Posner, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations,* 17 *Ratio Juris* 66, 76-77 (2004) (contrastando o *common law* e o *civil law*); Richard A. Posner, *The Future of the Law and Economics Movement in Europe,* 17 *Int'l Rev. L. & Econ.* 3, 3 (1997).

predominante sobre a separação constitucional de poderes, sob a qual juízes apenas podem interpretar a lei sob o fundamento de textos existentes e não podem fazer referência a argumentos não jurídicos.²⁶

Apesar de estes pontos serem absolutamente válidos, eles não são suficientes como explicação única. Acadêmicos do direito ingleses proporcionam um contra-exemplo, na medida em que são geralmente considerados como comprometidos como uma perspectiva “interna” do direito.²⁷ Admitidamente, o Direito e Economia tem feito algumas incursões no Reino Unido, notadamente no direito societário,²⁸, mas como um todo, o trabalho acadêmico baseado em princípios jurídicos tradicionais continua a predominar tal como ocorre no continente. Perspectivas externas ou críticas parecem permanecer marginais tal como na Europa continental.²⁹ Então, caso se observasse uma crescente abertura da academia britânica às abordagens norte-americanas do direito, poder-se-ia colocar uma vantagem sobre o continente em razão da língua inglesa em comum e da maior influência norte-americana resultante dela.

2. O Sucesso e o Fracasso do Positivismo Jurídico

Intimamente relacionado ao argumento exposto na seção anterior está a teoria de que o positivismo jurídico, entendido como uma aderência estrita ao direito positivo com a exclusão de qualquer justificativa substancial de normas, fez com que a academia jurídica se dissociasse de outras disciplinas.³⁰ Isto é verdade, por exemplo, em relação à amplamente conhecida abordagem de Hans Kelsen do positivismo jurídico, a qual ganhou ampla aceitação em países de *civil law*.

Apesar de o argumento do positivismo jurídico ter alguns méritos, ele não pode proporcionar uma explicação exclusiva para a ampla rejeição do Direito e Economia. Afinal, a eficiência econômica poderia ter sido implantada por lei (i.e. como um método

²⁶ Kirchner, nota acima 24, p. 277-92. Veja também Posner, *Future*, ob. cit., p. 5; Dau-Schmidt & Brun, nota acima 9, p. 607, 617; Taupitz, nota acima 11, p. 129 passim. Veja de forma geral Herget, nota acima 1, p. 115-16 (discutindo a separação de poderes em geral).

²⁷ Brian R. Cheffins, *Using Theory to Study Law: A Company Law Perspective*, 58 *Cambridge L. J.* 197, 200-01 (1999); veja também Neil Duxbury, *When Trying is Failing: Holmes's "Englishness"*, 63 *Brook. L. J.* 145, 146 (1997); Herget, nota acima 1, p. 106.

²⁸ Cheffins, ob. cit., p. 208-09.

²⁹ Veja Duxbury, nota acima 27, p. 148.

³⁰ E.g., Wolfgang Weigel, *Prospects for Law and Economics in Civil Law Countries: Austria*, 11 *Int'l. Rev. L. & Econ.* 325, 326 (1991).

de interpretação) ou, ao menos ter sido utilizada (sem uma base jurídica explícita) como um elemento dos princípios jurídicos geralmente aceitos.³¹ Além disso, positivistas jurídicos tais como Jeremy Bentham podem ser tidos entre os precursores do movimento moderno de Direito e Economia.³² Pondo essa questão de lado, tem sido frequentemente destacado nos Estados Unidos (mais proeminentemente pelos realistas jurídicos) e na literatura germânica (em grande parte pela Escola do Direito Livre) que visões pessoais dos juízes inevitavelmente interferem no julgamento, o que significa que uma clara separação entre a mera interpretação e a criação de novas leis é impossível.³³ Nós vamos argumentar que o positivismo jurídico desempenhou um importante papel na evolução do pensamento jurídico. Entretanto, nós enfatizamos o papel da *política pública* na teoria de Kelsen.³⁴

3. Educação e Carreiras Jurídicas

Alguns autores têm procurado explicar a rejeição do Direito e Economia destacando as particularidades da educação jurídica na Alemanha. Frequentemente, a culpa é atribuída à falta de treinamento dos juristas em economia.³⁵ A alegada falta de gosto por matemática prevalente entre juristas é adicionado a este fator.³⁶ Ao contrário, estudantes norte-americanos normalmente têm que passar por uma educação não jurídica mais geral na faculdade antes de entrar em uma escola de direito, o que pode também resultar em uma abertura maior em relação a abordagens interdisciplinares do

³¹ Mattei & Pardolesi, nota acima 8, p. 269 (enfatizando o papel da jurisprudência também em países de *civil law*).

³² Veja Seção VI abaixo.

³³ Sobre a Escola do Direito Livre alemã, veja seção V abaixo. Sobre hermenêutica em geral veja Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (6ª ed. 1990); sobre hermenêutica na literatura jurídica alemã veja e.g., Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972). A indeterminação da teoria jurídica sobre os fundamentos de materiais pré-existentes como leis ou precedentes é também a tese fundamental do Realismo Jurídico norte-americano [veja e.g., Brian Leiter, *American Legal Realism*, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* 50 (Martin A. Golding & William P. Edmundson eds., 2005)] e do movimento de Estudos Jurídicos Críticos [para uma visão geral, veja Mark V. Tushnet, *Critical Legal Theory*, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* 80 (Martin A. Golding & William P. Edmundson eds., 2005); trabalhos seminiais são e.g., Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976); Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (1997)].

³⁴ Veja a Seção V - E abaixo.

³⁵ Weigel, nota cima 30, p. 326.

³⁶ R. Cooter & J. Gordley, *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 261-63 (1991).

direito.³⁷ Outro fator é a abordagem conservadora na indicação de professores prevalente na maioria dos países europeus.³⁸

A função da educação jurídica pode desempenhar um papel na explicação da divergência. Contudo, até recentemente, juristas em países de língua alemã tinham que cursar disciplinas de economia;³⁹ adicionalmente, professores de direito norte-americanos muitas vezes não possuem treinamento formal em matemática,⁴⁰ o que não necessariamente os previne de levantarem argumentos econômicos. Em qualquer caso, provavelmente é necessário perguntar se o desenho do currículo atual é uma consequência, ao invés de a causa, da importância marginal da economia para a interpretação jurídica e para política jurídica. O mesmo é verdade para os argumentos atribuindo a rejeição do Direito e Economia a concepções erradas, tais como a sua identificação exclusiva com a Escola de Chicago.⁴¹

4. Busca de Rendas (*rent-seeking*) e Incentivos Acadêmicos

Este argumento tenta explicar a rejeição do Direito e Economia em função de atividades de “busca de rendas” (*rent-seeking*) por juristas treinados em métodos tradicionais, sugerindo-se que eles constituam um forte grupo de interesse que se opõe a qualquer concepção que possa subverter sua posição.⁴² No contexto austríaco, Wolfgang

³⁷ Cf. Dau-Schmidt & Brun, nota acima 9, p. 618-19.

³⁸ Mattei, nota acima 8, p. 88. Veja também as contribuições ao *symposium* sobre "Selecting Minds", 41 Am. J. Comp. L. 351-53 (1993).

³⁹ Deixando de lado a antiga tradição das "Faculdades de Ciências Jurídicas e Estatais" (rechts-und staatswissenschaftliche Fakultäten") (seção V abaixo), cursos obrigatórios em economia e administração foram abolidos das faculdades de direito austríacas apenas há alguns anos. Veja também Eugen Böhm-Bawerk, Book Review of Victor Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 17 Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart (Grunhuts Zeitschrift) 418 (1890) (destacando que poucas pessoas são capazes de serem especialistas tanto em direito quanto em economia).

⁴⁰ Veja Cooter & Gordley, nota acima 36, p. 262.

⁴¹ Weigel, nota acima 24, p. 120; também veja Christian Watrin, Nutzen und Kosten des Rechts, in Effizienz der Gesetzesproduktion 239, 242 (Wolfgang Mantl ed., 1995).

⁴² Cf. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft VII § 8, 509 passim (5ª ed. 1976); C.C. von Weizsäcker em uma carta datada de 06 de junho de 1993, para Horst Eidenmüller, citado por Eidenmüller, nota acima 19, p. 7; cf. Rittner, nota acima 14, p. 669 (rejeitando o Direito e Economia comportamental (dentre outros argumentos) porque ele ameaça subverter a independência do direito). Veja de forma geral 1 Dieter Grimm, Methode als Machtfaktor, in Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart - Festschrift für Helmut Coing 469 passim (Norbert Horn et al. eds., 1982) (discutindo o uso instrumental de metodologia em geral); Niklas Luhmann, Öffentliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet 189, 192 (1965) (discutindo o peso político do consenso em uma metodologia jurídica).

Weigel destacou a posição predominante dos juristas na economia.⁴³ Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde decisões sobre a aceitação ou a rejeição de um artigo em *law reviews* são tomadas por estudantes, na Europa a decisão é tipicamente tomada por professores titulares de direito. Enquanto que estudantes normalmente não possuem uma posição particular a defender, um professor consagrado pode algumas vezes se opor à publicação de um artigo que apresente uma forte oposição à sua própria abordagem. Neste sentido, o sistema norte-americano de *law reviews* é mais aberto a novas abordagens, na medida em que é necessário promover uma nova e controvertida tese para ter um artigo aceito para publicação por uma respeitada *law review*; naturalmente, isto é um convite muito melhor para artigos críticos do *status quo*.⁴⁴

Argumentos visando à proteção de interesses podem explicar por que o tipo predominante de pensamento jurídico manteve e expandiu sua posição, mas eles não explicam como ele surgiu originalmente. Uma possibilidade seria procurar a resposta no sistema econômico em geral. Por exemplo, alguns autores apontaram para a prática amplamente estabelecida de buscar obter amplo consenso na política.⁴⁵ Isto pode estar relacionado à hegemonia de longa data da macroeconomia Keynesiana entre economistas na Europa.⁴⁶ De qualquer forma, a Alemanha e outros países europeus careceram de um movimento anti-intervenção sociopolítica (como existia nos Estados Unidos) ao redor do qual o movimento de Direito e Economia pudesse prosperar.⁴⁷ Políticas econômicas e sociais devem, dessa forma, fazer parte da explicação.

Em um artigo recente, Oren Gazal-Ayal tentou explicar a prevalência do Direito e Economia nos Estados Unidos com os incentivos de publicação dos acadêmicos do direito: enquanto que nos Estados Unidos, e ainda mais em Israel, critérios para a indicação e promoção criam recompensas por publicações de Direito e Economia, este não é o caso na Europa.⁴⁸ Similarmente, Nuno Garoupa e Thomas Ulen recentemente sugeriram que a vantagem dos Estados Unidos em Direito e Economia e em “inovações jurídicas” podem ser explicada por como a academia jurídica é avaliada nos Estados

⁴³ Weigel, nota acima 30, p. 326; veja também Hertig, nota acima 24, p. 293 (expondo um argumento similar para a Suíça).

⁴⁴ Veja Dau-Schmidt & Brun, nota acima 9, p. 615.

⁴⁵ Weigel, nota acima 30, p. 327 (para a Áustria); Hertig, nota acima 24, p. 300 (para a Suíça).

⁴⁶ Mattei, nota acima 8, p. 92; cf. Weigel ob.cit.

⁴⁷ Taupitz, nota acima 11, p.128-29.

⁴⁸ Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law and Economics*, em <http://ssrn.com/abstract=901164>.

Unidos.⁴⁹ A alegação é de que existe um forte incentivo para inovar onde diversas faculdades de direito competem por professores e estudantes, e onde faculdades bem-sucedidas são mais capazes de colocar seus alunos no mercado de trabalho. Eles enfatizam uma variedade de fatores institucionais para explicar por que a academia jurídica em países europeus tem uma forte tendência conservadora, incluindo a organização da profissão jurídica, do judiciário e da academia. Admitidamente, isto pode ser um importante fator contributivo. Entretanto, existem provavelmente duas importantes fraquezas no argumento.

Primeiro, os mesmos Garoupa e Ulen destacam que inovações jurídicas geralmente aumentam o distanciamento entre a academia e a prática.⁵⁰ Isto coloca dúvidas sobre a idéia de que o conteúdo e a inovação na academia são fortemente influenciados pelo mercado de trabalho dos estudantes. Segundo, a teoria não explica por que o distanciamento entre academia jurídica nos Estados Unidos e na Europa é muito maior no direito do que em qualquer outro campo. Finalmente, mesmo que as teorias de Gazal-Ayal e de Garoupa e Ulen sejam plausíveis, elas não explicam como os incentivos diferentes surgiram. Afinal, existe uma dependência de trajetória (*path dependence*) considerável influenciando como a pesquisa é avaliada em um dado campo, sobre a qual acadêmicos do direito já estabelecidos têm considerável influência.

III. Uma Visão Geral da Nossa Própria Hipótese

Nesta seção, nós tentamos relacionar a aceitação e a rejeição do Direito e Economia à evolução da teoria jurídica, tendo em conta seu contexto político e social específico. As academias jurídicas em países de língua alemã e nos Estados Unidos se desenvolveram de uma forma semelhante até o período do entre guerras, e então começaram a divergir. Enquanto que nos Estados Unidos o pensamento jurídico clássico foi desacreditado pelo Realismo Jurídico, sua irmã alemã, a Escola do Direito Livre, falhou em ter o mesmo efeito. Ao invés de desacreditar a *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência dos conceitos), a correspondente do pensamento jurídico clássico norte-americano, ela foi substituída pela *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses) e seu fruto, a *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores), as quais

⁴⁹ Garoupa & Ulen, nota acima 9.

⁵⁰ Ob. cit., p. 41.

assemelham-se à jurisprudência dos conceitos em alguns elementos importantes. Todas essas escolas apóiam um momento forte de argumentação reprodutiva, da qual elementos novos e externos, tais como a eficiência de uma interpretação, são excluídos.

A posição da política (*Gesetzgebungslehre*)⁵¹ na doutrina jurídica é um dos elementos centrais da nossa explicação. Em países de língua alemã, a política tipicamente se mantém fora do escopo da doutrina jurídica e é deixada para os políticos. Esta tradição pode ser localizada na primeira metade do século XIX, a saber, a escola histórica da jurisprudência de Savigny. Ela foi levada para o século XX pela *Interessenjurisprudenz* e reafirmada na teoria de Hans Kelsen sobre o positivismo jurídico, que eliminou completamente a política da “ciência jurídica”, ampliando a aceitação de uma perspectiva interna que já dominava a academia jurídica alemã.⁵²

Ao desconstruir o pensamento jurídico clássico nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência que seria preenchido por uma discussão sobre política. Nas décadas que se seguiram, o movimento de Direito e Economia pode começar um trabalho de reconstrução para desenvolver novos princípios e critérios de decisão. Ao fazer isto, ele atingiu uma hegemonia vis-à-vis outros movimentos.⁵³ Este vácuo nunca foi criado em países de língua alemã, em primeiro lugar. Por esta razão, entre outras, não é surpreendente que o primeiro movimento de Direito e Economia que se desenvolveu no final do século XIX na Áustria tenha fracassado.

O fato de que nos Estados Unidos o movimento do Realismo Jurídico tenha sido bem-sucedido, enquanto que em países de língua alemã o movimento do Direito Livre tenha fracassado, pode ser parcialmente explicado por fatores políticos, em especial o papel do controle judicial da constitucionalidade das leis dos Estados Unidos. A oposição entre juízes conservadores, que utilizavam raciocínios formalistas para derrubar legislações sociais progressistas, e professores de direito progressistas, criou um forte apelo pelo Realismo Jurídico, na medida em que este fornecia a tais professores os meios para atacarem os tribunais. Como resultado, um pluralismo de

⁵¹ Na Alemanha, os termos “Rechtspolitik” e “Gesetzgebungslehre” podem ser utilizados de maneira intercambiável. Veja Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, nota 8 (4ª ed. 2000).

⁵² Cf. Cheffins, nota acima 27, p. 198-200 (definindo perspectivas “externas” e “internas” na academia jurídica).

⁵³ Cf. Thomas Ulen, *The Unexpected Guest; Law and Economics Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship*, 79 *Chi.-Kent L. Rev.* 403, 414-15 (2004).

métodos caracteriza a academia jurídica norte-americana nos dias de hoje, mas pode ser dito que abordagens consequencialistas são dominantes. Entre outras abordagens do direito, tais como os estudos críticos do direito (*Critical Legal Studies*) e Direito e Sociedade (*Law & Society*), parece que o Direito e Economia tenha se tornado dominante. Isto foi devido à experiência ideológica do utilitarismo, que serviu como base para o Direito e Economia e o qual ganhou ampla influência nos Estados Unidos desde o século XIX. Contrariamente, a filosofia alemã seguiu um caminho estritamente antiutilitarista que pode ser localizado no idealismo alemão (e.g. Kant). É provável que mesmo se a política tivesse se tornado uma parte integrante da academia jurídica, o Direito e Economia não teria sido a abordagem dominante.

IV. A Experiência Norte-americana: Realismo Jurídico e Utilitarismo

A. O Realismo Jurídico Norte-Americano como Antecedente do Direito e Economia

A análise econômica do direito contemporânea⁵⁴ foi desenvolvida nos Estados Unidos, onde ela se tornou um método predominante na academia jurídica. Tipicamente, isto é explicado por meio do desenvolvimento da teoria do direito nos Estados Unidos durante a primeira metade do século XX. Até esta data, juristas norte-americanos e alemães partilhavam um ponto de vista metodológico similar. A razão decisiva de por que a academia norte-americana tenha se voltado contra o doutrinalismo pode ser encontrada nos desenvolvimentos políticos durante aquele período.

Durante o final do século XIX e o começo do século XX, a academia jurídica norte-americana era caracterizada por o que é hoje chamado de pensamento jurídico clássico.⁵⁵ Esta abordagem, a qual é muitas vezes identificada com o nome de Christopher Columbus Langdell, se equiparou à *Begriffsjurisprudenz* alemã em diversos

⁵⁴ Para uma análise histórica, veja Heath Pearson, *The Origins of Law and Economics: the economists' new science of law* 43, 131 (1997); Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, in *200 International Encyclopedia of Law and Economics* 68 passim (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000) (ambos discutindo os primeiros precursores do Direito e Economia).

⁵⁵ E.g., Morton Horwitz, *The Transformation of American Legal Thought 1870-1960*, 9 (1992); veja de forma geral Duncan Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (1998); Gary Minda, *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, 28 *Ind. L. Rev.* 353 (1995) (utilizando uma classificação histórica diferente).

aspectos importantes,⁵⁶ sem qualquer diferença decisiva derivada do foco do direito norte-americano em precedentes em oposição ao sistema de *civil law* alemão. O pensamento jurídico clássico entendia o direito como uma “ciência jurídica”.⁵⁷ De acordo com Langdell, princípios gerais deveriam ser extraídos de precedentes, identificando as características de um sistema coerente. Destes princípios, seria possível deduzir soluções para casos (futuros) específicos.⁵⁸ Precedentes que não se enquadravam no sistema deveriam ser eliminados como errados.⁵⁹ Isto resultava no tipo de formalismo que Roscoe Pound criticaria como “jurisprudência mecânica.”⁶⁰ Neil Duxbury descreveu o típico artigo de *law review* de sua época como “seco, técnico, doutrinário e muitas vezes limitadamente focado.”⁶¹

O desenvolvimento, tanto no ensino do direito quanto na teoria jurídica, foi influenciado pela academia jurídica alemã durante o período clássico, o qual, naquela época, consistia em grande parte na “escola histórica” estabelecida por Savigny.⁶² Da tradição alemã, a academia jurídica Langdeliana também adotou o entendimento do

⁵⁶ Veja, e.g., Kennedy, nota acima 8, p. 637-48 (identificando uma globalização do pensamento jurídico clássico sendo criada na Alemanha).

⁵⁷ Veja de forma geral, e.g., Bernard Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought* 346 (1993).

⁵⁸ Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 *Cal. L. Rev.* 465, 496-97 (1988).

⁵⁹ Brian Leiter, *Legal Realism*, in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 261, 275-76 (Dennis Patterson ed., 2003) (1999).

⁶⁰ Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Colum. L. Rev.* 605 (1908). Veja também Horwitz, nota acima 55, p. 16-17; Singer, nota acima 58, p. 496-544; Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism* 7-9 (1997); Gerald B. Wetlaufer, *Systems of Belief in Modern American Law: A View from Century's End*, 49 *Am. U. L. Rev.* 1, 10-79 (1999) (todos discutindo o doutrinismo do período clássico).

⁶¹ Neil Duxbury, *When Trying is Failing: Holmes's 'Englishness'*, 63 *Brook. L. J.* 145, 156 (1997). The example he gives is Loran L. Lewis, Jr., *The Law of Icy Sidewalks in New York State*, 6 *Yale L. J.* 258 (1897).

⁶² Veja de forma geral, Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* 381 (2ª ed. 1967); John Dawson, *The Oracles of the Law* 451-50 (1968); Stefan Riesenfeld, *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, 37 *Am. J. Comp. L.* 1 (1989); Michael H. Hoeflich, *Savigny and his Anglo-American Disciples*, 37 *Am. J. Comp. L.* 17 (1989); Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, 37 *Am. J. Comp. L.* 95 (1989); Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 *B.C. L. Rev.* 837 (1990); Kennedy, nota acima 8, p. 637-62; Laura I. Appleman, *The Rise of the Modern American Law School: How Professionalization, German Scholarship, and Legal Reform Shaped Our System of Legal Education*, 39 *New England L. Rev.* 251, 274-306 (2005); veja também Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory* 193 passim (2001); para uma visão contemporânea, veja Joseph H. Beale, *The Development of Jurisprudence During the Past Century*, 18 *Harv. L. Rev.* 271, 283 (1905); com relação à educação jurídica e às reformas de Langdell, veja David S. Clark, *Tracing the Roots of American Legal Education – A Nineteenth-Century German Connection*, 51 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 313, 328 (1987) (destacando semelhanças entre os ensinamentos de Savigny e de Langdell); Appleman, *ob. cit.*, p. 283-306.

direito como uma ciência,⁶³ desejando limpar o direito das influências de outras disciplinas.⁶⁴

Central para a ortodoxia clássica foi um entendimento do direito privado como separado do direito público e como politicamente neutro.⁶⁵ Sob essa visão, o Estado deveria da mesma forma se manter neutro em conflitos de interesses entre grupos de interesse e evitar se engajar na redistribuição de riqueza.⁶⁶ Contrariamente, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos estava comprometida com o liberalismo econômico, o que resultou em uma crescente quantidade de oposição dentro de uma sociedade mudando rapidamente.⁶⁷

É claro, o precursor mais importante do Realismo Jurídico foi Oliver Wendell Holmes, primeiro como professor na Faculdade de Direito de Harvard, depois como juiz da Suprema Corte de Massachusetts e, finalmente, como juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Seu artigo seminal *The Path of the Law*,⁶⁸ publicado em 1897, criticou o modo predominante do pensamento jurídico, de acordo com o qual o *common law* se desenvolvia aplicando um conjunto objetivo de métodos a casos passados e princípios abstratos.⁶⁹ Ele foi o primeiro a desenvolver a “teoria da predição” (*prediction theory*) de acordo com a qual juristas deveriam tentar prever a decisão do tribunal ao aconselharem seus clientes.⁷⁰ Com uma análise de Direito e Economia, pode-se até mesmo reconhecer o *homo economicus* dentre seus escritos: “se você quer saber a lei e nada mais, você deve olhar para ela como um homem mau, que se importa somente com as conseqüências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, não como um

⁶³ Appleman, ob. cit., p. 280-306.

⁶⁴ Appleman, ob. cit., p. 289-306. Cf. Herget, nota acima 1, p. 113 (discutindo os pontos de interseção entre a tradição Langdeliana e a teoria jurídica conceitual alemã).

⁶⁵ Horwitz, nota acima 55, p. 10-11.

⁶⁶ Ob. cit., p. 19-20.

⁶⁷ Veja abaixo seções IV-E e V-A.

⁶⁸ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).

⁶⁹ Holmes, ob. cit., p. 465-66. Cf. Seu voto dissidente em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): "Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão vai depender de um julgamento ou de uma intuição mais sutil do que qualquer grande premissa articulada." Veja também Brian Tamanaha, *The Realism of the 'Formalist' Age*, St. John's Legal Studies Research Paper No. 06-0073 (agosto de 2007), disponível em <<http://ssrn.com/abstract=985083>> (argumentando que pensamentos jurídicos realistas faziam parte do discurso jurídico antes de Holmes e que os realistas dos anos 20 e 30 apenas marcaram o último episódio em uma crítica de longa duração sobre o raciocínio jurídico).

⁷⁰ Veja de forma geral Holmes, nota acima 68.

homem bom, que encontra razão para sua conduta, seja dentro da lei ou fora dela, nas vagas sanções da consciência.”⁷¹

Holmes notoriamente criticava a perspectiva lógico-histórica⁷² que o pensamento jurídico clássico aplicava ao direito e as deduções doutrinárias que resultavam disto. Ele enfatizava que o estudo do direito deveria focar os objetivos sociais que pretendesse atingir.⁷³ Um juiz com um entendimento dos objetivos históricos e sociais atuais deveria ser mais bem capaz de contribuir para o entendimento e desenvolvimento do direito.⁷⁴ Ao menos à primeira vista, esta visão permitiria que o discernimento do juiz obscurecesse a distinção entre deduções doutrinárias e políticas jurídicas, na medida em que casos não podem ser decididos objetivamente sob o fundamento de precedentes e do *common law* pré-existente e coerente, ao passo que na realidade, os julgamentos individuais do juiz sobre valores sociais inevitavelmente influenciam suas decisões.⁷⁵

Como resultado de sua estabilidade como um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Holmes se tornou um ídolo de uma geração de juristas. Possivelmente, sua divergência mais notável foi aquela em *Lochner v. New York*,⁷⁶ no qual a maioria negou a constitucionalidade de uma lei estadual de Nova York limitando as horas diárias de trabalho dos padeiros. Holmes notoriamente objetou que “uma constituição não é planejada para abraçar uma determinada teoria econômica, seja de paternalismo [...] ou de *laissez faire*.” Durante a era *Lochner*, a qual durou até 1937, a corte decidiu diversos casos com fundamentos similares e declarou um grande corpo de legislação social progressista como inconstitucional sob o fundamento de deduções formalistas de princípios gerais, em especial o princípio da liberdade contratual.⁷⁷ Essa abordagem foi

⁷¹ Holmes, ob. cit., p. 459.

⁷² Mas veja Oliver Wendell Holmes, *The Common Law: Lecture 1* 1-38 (Dover Publications 1991) (1881) (apontando que uma perspectiva histórica é em geral importante). Entretanto, Horwitz, nota acima 55, p. 109, 141 sugere que as visões de Holmes se desenvolveram entre a publicação de "The Common Law" (1881) e "The Path of the Law" (1897) em direção cada vez mais para um ceticismo evidente.

⁷³ Holmes, nota acima 68, p. 474. Veja também Robert S. Summers, *Pragmatic Instrumentalism and American Legal Theory*, 13 *Rechtstheorie* 257, 258 (1982).

⁷⁴ Veja, e.g., Patrick J. Kelley, *Holmes, Langdell and Formalism*, 15 *Ratio Juris* 26, 44-45 (2002).

⁷⁵ Cf. Holmes, nota acima 68, p. 471-72 ("Mas quando eu declarei minha visão para um juiz inglês outro dia, ele disse: 'Você está discutindo o que a lei deveria ser; [discutindo] como a lei é, você deve demonstrar um direito!'").

⁷⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1908). Veja e.g., Rowley, nota acima, p. 10 (discutindo o voto no contexto do desenvolvimento do Direito e Economia).

⁷⁷ Veja, e.g., *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915) (inconstitucionalidade de uma lei banindo a execução de acordos proibindo trabalhadores de se filiarem à sindicatos); *Morehead v. New York*, 298 U.S. 587 (1936) (inconstitucionalidade de uma lei limitando as horas de trabalho de uma mulher grávida). Para uma visão geral, veja Laurence H. Tribe, 1 *American Constitutional Law* 1346-81 (3ª ed. 2000); mas cf.

criticada por um crescente numero de juristas e acadêmicos do direito.⁷⁸ Holmes, que permaneceu membro da corte até 1932, foi um dos precursores do Realismo Jurídico por meio de seus votos de vencido (*dissents*). Holmes não necessariamente compartilhava da rejeição radical ao pensamento jurídico clássico como foi comum entre muitos realistas jurídicos; sua abordagem era muito mais em favor da moderação judicial (*judicial restraint*).⁷⁹

Além de Holmes, existiram outros autores, até mesmo antes da Primeira Guerra Mundial, que rejeitavam a ortodoxia clássica, a saber, progressistas como Roscoe Pound⁸⁰ ou Benjamin Cardozo.⁸¹ Enquanto que alguns observadores posteriores como Robert Summers preferiram agrupar estas destacadas figuras em um movimento,⁸² Karl Llewellyn, que moldaria a percepção externa e a autopercepção do Realismo Jurídico por década, na realidade tentou distanciar a si próprio e sua geração mais jovem de realistas jurídicos de seus antepassados.⁸³

O Realismo Jurídico dos anos 20 e 30 deve ser enxergado com o pano de fundo da oposição à jurisprudência *laissez-faire* da era *Lochner*, que contava com a oposição de um crescente número de autores. Sob a influência das críticas da jurisprudência conceitual desenvolvida anteriormente por Jhering na Alemanha⁸⁴ e pela Escola do

Richard A. Posner, *Overcoming Law* 284 (1995).

⁷⁸ Mas veja Robert G. McCloskey & Sanford Levinson, *The American Supreme Court* 92 (4^a ed. 2005) (geralmente aprovando a abordagens dos tribunais).

⁷⁹ Veja Schwartz, nota acima 57, p. 381; Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* 44 (1995).

⁸⁰ Roscoe Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, 19 *Green Bag* 607 (1907); Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Colum. L. Rev.* 605 (1908); Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910).

⁸¹ Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921). Cardozo se tornou um juiz do estado de Nova York em 1914 e sucedeu Holmes como um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1932.

⁸² Robert H. Summers, *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and its Use*, 66 *Cornell L. Rev.* 861 (1981) (apontando a proeminência dos movimentos progressivos na política norte-americana entre 1890 e 1920, p. 869); Summers, nota acima 73, p. 263-64 (descrevendo eles como instrumentalistas pragmáticos); veja também Wetlaufer, nota acima 60, p. 16 passim; cf. Posner, nota acima 77, p. 2.

⁸³ Horwitz, nota acima 55, p. 170 (descrevendo a controvérsia Llewellyn-Pound e argumentando que a famosa lista de Llewellyn de realistas jurídicos proporcionava uma visão distorcida do movimento); Duxbury, nota acima 79, p. 72-160. Para a Llewellyn-Pound controvérsia, veja Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - the Next Step*, 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930); Roscoe Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, 44 *Harv. L. Rev.* 697 (1931); Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound*, 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931) (estabelecendo a lista de realistas p. 1226, nota 18); contra Viktor Winkler, *The Great Protector. Roscoe Pound (1870-1964) zum 40. Todestag*, 24 *DAJV-Newsletter* 104 (2004) (enfatizando as diferenças entre Roscoe Pound e os realistas jurídicos, em especial nos seus pontos de vista sobre política econômica). Para uma crítica contemporânea de Pound, veja também Jerome Frank, *Are Judges Human?*, 80 *U. Pa. L. Rev.* 17, 18-24 (1931).

⁸⁴ Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935) (se referindo à Jhering).

Direito Livre,⁸⁵ os realistas jurídicos pegaram emprestado de Holmes a crença no direito como experiência⁸⁶ e começaram a negar a importância do “direito nos livros” (em oposição ao “direito na prática”).⁸⁷ O direito não deveria ser compreendido como um sistema de regras, mas apenas como um corpo de decisões judiciais.⁸⁸ Eles rejeitavam a idéia de que o direito pudesse ser autóctono, uma ciência livre de julgamento, que permitisse a obtenção de soluções pré-determinadas para todos os casos possíveis através de métodos objetivos (tal como analogias) dentro de um sistema lógico fechado.⁸⁹ Ao mesmo tempo, eles rejeitavam qualquer jurisprudência conceptual que tentasse chegar a uma solução concreta partindo de proposições abstratas.⁹⁰

O pressuposto principal do Realismo, a teoria da indeterminação do direito,⁹¹ é muitas vezes compreendida à luz da oposição do Realismo à “filosofia” do capitalismo do tipo *laissez-faire*. Para os realistas, os princípios de mercado pareciam estar escondidos atrás das deduções formalistas da jurisprudência pré-realista e, na visão do realista, serviam para esconder a característica política inerente à tomada de decisão judicial ao proporcionar uma justificação formal.⁹² Nessa visão, as decisões da corte não são determinadas por uma aplicação objetiva de materiais jurídicos pré-determinados, mas são traçadas em grande parte pelo julgamento valorativo dos juízes que moldam regras e posições abstratas de acordo com suas visões,⁹³ restringidos apenas pela necessidade de proporcionarem um raciocínio na forma de uma decisão judicial.⁹⁴ A

⁸⁵ Veja Horwitz, nota acima 55, p. 172 (discutindo as influências alemãs sobre Karl Llewellyn); veja de forma geral, James Q. Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 *Yale L. J.* 156 (1987) (discutindo Llewellyn e o “UCC”); James E. Herget & Stephan Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 *Va. L. Rev.* 399 (1987).

⁸⁶ “A vida do direito não tem sido lógica; tem sido uma experiência.” Oliver W. Holmes, Jr., *Book Notice*, 14 *Am. L. Rev.* 233, 234 (1880); Holmes, nota acima 72, p. 1.

⁸⁷ Veja, e.g., Jerome Frank, *What Courts Do in Fact*, 26 *Ill. L. Rev.* 645, 761 (1932). Esse par de termos opostos pode ser encontrado em Roscoe Pound. Veja de forma geral, nota acima 80. Jerome Frank criticava que os acadêmicos do direito “clássicos” continuavam a estudar apenas o direito dos livros. *Ob. cit.*, p. 20.

⁸⁸ Veja e.g. Mercurio & Medema, nota acima 60, p. 10.

⁸⁹ John Dewey, *Logical Method and Law*, 10 *Cornell L. Q.* 17 (1924) (criticando a aplicação da lógica no raciocínio jurídico); veja Horwitz, nota acima 55, p. 188.

⁹⁰ Cohen, nota acima 84, p. 809. Veja Horwitz, nota acima 55, p. 199 *passim*.

⁹¹ Leiter, nota acima 33, p. 51 *passim*.

⁹² Singer, nota acima 58, p. 477.

⁹³ Veja, e.g., Singer, nota acima 58, p. 465, 469-70.

⁹⁴ Singer, nota acima 58, p. 471-72; veja Llewellyn, *Realism*, nota acima 83, p. 1239 (enfatizando que a questão é o quão longe a suposta certeza proporcionada pelas regras jurídicas de fato vai). Hoje, parece ser amplamente reconhecido que os juízes são atores restringidos, veja, e.g., Kennedy, nota acima 33, p. 182 *passim*; mas cf. Frank, nota acima 87, p. 645, 761, 766-84.

crítica de Robert Hale à economia política clássica e a alegada neutralidade distributiva de mercados livres é um bom exemplo,⁹⁵ como é a rejeição dos realistas à distinção entre direito público e direito privado.⁹⁶

Apesar das várias abordagens, métodos e projetos dos realistas jurídicos dificilmente poderem ser descritos como unitários, e como as idéias mais extremas não ganharam reconhecimento amplo,⁹⁷ o Realismo Jurídico foi bem-sucedido em deixar uma impressão permanente na academia jurídica norte-americana.⁹⁸ No nível político, o Realismo Jurídico foi bem-sucedido em sua missão quando as reformas do *New Deal* do Presidente Roosevelt foram afastadas pela Suprema Corte seguindo a mudança de opinião de um juiz (o que tornou a ameaça do Presidente de entulhar a corte com mais juízes redundante).⁹⁹

Essa visão geral ilustra como o desenvolvimento norte-americano foi único, também em comparação com o Reino Unido. H. L. A. Hart, o renomeado positivista jurídico britânico, atribui a abordagem crítica do direito predominante nos Estados Unidos ao controle judicial da constitucionalidade das leis¹⁰⁰ e à observância de direitos básicos consagrados na Constituição dos Estados Unidos e em suas emendas.¹⁰¹ Hart argumenta que a Constituição dos Estados Unidos “tornou lei o que em qualquer outro lugar seria política.”¹⁰² Ele sugere que a teoria do direito norte-americana é dividida entre perspectivas extremas da indeterminação e livre tomada de decisão judicial de um lado, e o desejo contrário de ser capaz de encontrar uma solução específica, correta para todo caso difícil, mesmo que seja difícil identificá-la (uma visão atualmente mais

⁹⁵ Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 *Pol. Sci. Q.* 470 (1923); veja também Robert Hale, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, 43 *Colum. L. Rev.* 603 (1943). Veja Barbara Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* (1998).

⁹⁶ E.g., Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 *Harv. L. Rev.* 553 (1933); veja também Louis Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 *Harv. L. Rev.* 201 (1937); veja Singer, nota acima 58, p. 483 passim; Elizabeth Mensch, *The History of Mainstream Legal Thought*, in *The Politics of Law* 13, 33-48. (David Kairys ed., 1998).

⁹⁷ Por exemplo, Jerome Frank tentou relacionar o resultado de certos casos judiciais à personalidade dos juízes. Veja Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930); cf. Summers, nota acima 73, p. 264; Singer, nota acima 58, p. 470; Horwitz, nota acima 55, p. 176.

⁹⁸ Veja Leiter, nota acima 33, p. 54.

⁹⁹ O caso decisivo foi *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Veja Tribe, nota acima 77, p. 1360; veja McCloskey & Levinson, nota acima 78, p. 108-13, 117-20.

¹⁰⁰ Na visão de Hart, as origens do desenvolvimento norte-americano pode ser encontrada em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), o caso no qual a Suprema Corte estabeleceu pela primeira vez o controle judicial à respeito da constitucionalidade das leis.

¹⁰¹ H.L.A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 11 *Ga. L. Rev.* 969, 971-72 (1977).

¹⁰² *Ob. cit.*, p. 972.

proeminentemente representada por Ronald Dworkin), de outro.¹⁰³ Esta situação política particular esteve ausente na teoria jurídica em voga no Reino Unido, assim como também estiveram ausentes outros fatores tais como o federalismo e os conflitos potenciais a ele associados.¹⁰⁴ Duncan Kennedy menciona outro fator comparando os Estados Unidos com a Europa e o Reino Unido, a saber, a maior heterogeneidade social dos juristas norte-americanos que leva a duros contrastes ideológicos, os quais, por sua vez, nutrem o desejo de criticar fundamentalmente o direito.¹⁰⁵ Aparentemente, as faculdades de direito norte-americanas foram suficientemente bem desenvolvidas para permitir que esse tipo de crítica florescesse, o que os professores de direito britânicos aparentemente não foram.¹⁰⁶

Apesar de o Realismo Jurídico ter perdido sua vitalidade,¹⁰⁷ a academia jurídica norte-americana nunca retornou à jurisprudência clássica que o Realismo Jurídico desacreditou.¹⁰⁸ Um dos legados do Realismo Jurídico foi sua exigência de que todos os formuladores de políticas públicas, incluindo juízes, deveriam levar ciências sociais em consideração ao realizar julgamentos, dentre as quais a economia.¹⁰⁹

O movimento de Direito e Economia norte-americano é algumas vezes visto como herdeiro do Realismo Jurídico e a realização da profecia Holmesiana de um jurista

¹⁰³ Ob. cit.; Dworkin notoriamente argumentou que o resultado correto de um “caso difícil” pode ser encontrado por um juiz com qualidades analíticas sobre-humanas (“Hércules”) extraindo-o dos princípios básicos de um sistema jurídico e de uma teoria política explicando-o. Veja de forma geral Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 *Harv. L. Rev.* 1057 (1975).

¹⁰⁴ Kennedy, nota acima 33, p. 78-9.

¹⁰⁵ Kennedy, ob. cit., p. 79-80.

¹⁰⁶ Entre 1938 e 1939, havia apenas 1.515 estudantes de direito em todo o Reino Unido, 60% dos quais estudavam em Oxford e Cambridge. Um diploma acadêmico não era nem mesmo exigido para ingressar na ordem durante um longo período. Veja Neil Duxbury, *English Jurisprudence between Austin and Hart*, 91 *Va. L. Rev.* 1, 70-71, 79 (2005).

¹⁰⁷ Os anos 50 foram dominados pela *legal process school*, que focava no processo de tomada de decisão (ao invés do conteúdo substantivo) e em quais instituições se encontravam em melhor posição para lidar com essas questões. Veja, e.g., Horwitz, nota acima 55, p. 253 passim; Singer, nota acima 58, p. 505-06. O trabalho mais fundamental é Henry M. Hart & Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (materiais didáticos de 1958, publicados postumamente em 1994).

¹⁰⁸ A abordagem consequencialista dominante na academia jurídica norte-americana também era impenetrável às críticas de H.L.A. Hart's sobre o realismo jurídico. H.L.A. Hart, *The Concept of the Law* 137(1961). Veja também Leiter, nota acima 33, p. 63-64; Michael Steven Green, *Legal Realism as Theory of Law*, 46 *Wm. & Mary L. Rev.* 1915, 1917 (2005).

¹⁰⁹ Veja de forma geral Walter Wheeler Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 33 *Yale L. J.* 457 (1924); Hessel E. Yntema, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, 37 *Yale L. J.* 468, 481 (1928); Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence*, nota acima 83; Edward S. Robinson, *Law - an unscientific Science*, 44 *Yale L. J.* 235, 257 (1934); cf. Summers, nota acima 58, p. 870, 889 passim; Summers, nota acima 73, p. 260; Gary Minda, *The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law*, in *Law and Economics* 87, 96 (Nicholas Mercuro ed., 1989); Duxbury, nota acima 79, p. 79-160.

como um cientista social.¹¹⁰ Alguns realistas jurídicos também alargaram seus olhares para a sociologia, a psicologia e a economia.¹¹¹ Um dos exemplos mais conhecidos é o seminal livro de 1932, *The Modern Corporation e Private Property*, do jurista Adolf A. Berle e do economista Gardiner Means,¹¹² que até hoje é considerado uma das contribuições mais importantes para a discussão sobre conflitos de interesse entre acionistas e administradores em companhias abertas. Outros estudos tiveram considerável influência sobre a legislação, por exemplo, na codificação de normas relativas à falência, em 1938.¹¹³

A caracterização do Direito e Economia como um descendente do Realismo Jurídico não é de forma alguma unânime. Como outros movimentos do século XX da academia jurídica norte-americana (os quais incluem a *legal process school*, teorias dos direitos, direito e sociedade e o movimentos dos estudos jurídicos críticos), o paradigma do Direito e Economia deve ser visto tanto como uma reação, quanto como uma continuação do realismo; a maioria das escolas compartilha da rejeição realista à teoria jurídica lógica e científica e abraça a orientação consequencialista em relação a conflitos de interesses dentro da sociedade.¹¹⁴ A análise econômica do direito pode ser considerada como descendente do Realismo Jurídico, na medida em que deduções lógicas de dentro do sistema jurídico são consideradas normativamente indesejáveis.¹¹⁵ Admitidamente, teorias normativas (como instrumentos de políticas jurídicas) mantiveram uma posição subordinada no Realismo Jurídico.¹¹⁶ Entretanto, o Realismo Jurídico tornou inevitável a renúncia do doutrinalismo puro como a única ferramenta do

¹¹⁰ Veja, e.g., Richard A. Posner, *The law and economics movement: from Bentham to Becker*, in *The Origins of Law and Economics* 328, 344-45 (Francesco Parisi & Charles K. Rowley eds., 2005); mas veja Posner, nota acima 77, p. 3; Duxbury, nota acima 79, p. 301-420. Cf. Wetlaufer, nota acima 60, p. 37; Anthony T. Kronman, *Jurisprudential Responses to Legal Realism*, 73 *Cornell L. Rev.* 335, 339 (1988).

¹¹¹ Veja Kronman, *ob. cit.*, p. 336-40 (discutindo o “ramo científico” do realismo). Por exemplo, alguns elementos da análise econômica do direito contratual podem ser encontrados no trabalho de Karl Llewellyn. Veja Alan Schwartz, *Karl Llewellyn and the Early Law and Economics of Contract*, in 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 421 (Peter Newman ed., 2002).

¹¹² Veja Horwitz, nota acima 55, p. 166 (considerando o livro um trabalho de Realismo Jurídico).

¹¹³ Veja David A. Skeel, *Debt's Dominion* 109 passim (2001) (discutindo a história legislativa da Lei Chandler de 1938 no relatório anterior da SEC).

¹¹⁴ Veja e.g., Singer, nota acima 58, p. 503-04 (distinguindo entre movimentos liberais e críticos).

¹¹⁵ Veja Singer, nota acima 58, p. 516-57; Wetlaufer, nota acima 60, p. 37 (descrevendo o Direito e Economia como um descendente direto do Realismo Jurídico).

¹¹⁶ Leiter, nota acima 59, p. 276-77 (falando sobre *quietism*).

jurista, em última medida exigindo o desenvolvimento de um programa normativo para suplementar e substituir a indeterminação da interpretação.¹¹⁷

Na medida em que se tornou amplamente reconhecido que o método doutrinário ortodoxo de fato permitia uma variedade de interpretações, outras medidas precisaram ser desenvolvidas para guiar a tomada de decisão judicial. Estas medidas tiveram que ser dirigidas a elementos externos, não jurídicos, levando a uma discussão com ênfase em política. Aderentes do Realismo Jurídico e seus movimentos sucessores foram lentos para desenvolver pontos de referência normativos sob o fundamento de *insights* descritivos e em adaptá-los ao discurso jurídico. Entretanto, finalmente, estes pontos de referência passaram a dominar, que é a razão de por que a política jurídica ocupa um papel central nas faculdades de direito norte-americanas.

O Realismo Jurídico está baseado em um entendimento utilitarista do direito, que é inclinado à realização de objetivos sociais específicos. Isto contribuiu para a discussão aberta dos juristas sobre as implicações políticas da tomada de decisão judicial.¹¹⁸ Apesar de diversas décadas terem se passado entre o apogeu do Realismo Jurídico e a difusão da análise econômica do direito na academia, um traço claro conectando os dois movimentos pode ser identificado. O Direito e Economia é baseado em instrumentos de economia, que permitem a prognose das consequências de normas jurídicas, que podem, e devem, estar sujeitas a investigações empíricas. Através disto, e de algumas recomendações sobre propostas eficientes economicamente feitas por juseconomistas, a análise econômica do direito aparentemente adequou-se à academia jurídica norte-americana tão fundamentalmente transformada pelo realismo. Então, apesar das críticas amplamente difundidas sobre o Direito e Economia, o movimento conseguiu preencher um espaço aberto pelo Realismo Jurídico, substituindo o desacreditado formalismo jurídico com uma abordagem econômica que permite, o que é considerado por muito, resultados científicos.¹¹⁹

¹¹⁷ Veja Harold D. Lasswell & Myers S. McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 *Yale L. J.* 203, 205 (1943) (clamando por uma mudança do currículo da educação jurídica para se ensinar política jurídica); cf. Mensch, nota acima 96, p. 36.

¹¹⁸ Leiter, nota acima 59, p. 59-60. Contrariamente a Ulen & Garoupa, nota acima 9, p. 8, nós acreditamos que o lado normativo do Direito e Economia foi o mais importante.

¹¹⁹ Veja Singer, nota acima 58, p. 522 et. seq. (considerando o Direito e Economia um "exercício de formalismo"); veja também Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, 60 *Va. L. Rev.* 451, 459 (1974); Gary Minda, *The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law*, 39 *Ohio St. L. J.* 439, 441 (1978); Erich Schanze, *Ökonomische Analyse des Rechts in den USA: Verbindungslinien zur realistischen Tradition*, in

B. As Bases Utilitaristas do Direito e Economia

O Realismo Jurídico sozinho não é suficiente para explicar a importante posição da análise econômica do direito na academia jurídica norte-americana. Outros programas de pesquisa normativa compartilhando um ponto de vista instrumental e consequencialista com o Direito e Economia também conseguiram avançar no espaço aberto pelo Realismo Jurídico. Estes incluem os movimentos de Direito e Sociedade e de Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*). Entretanto, a importância particular do Direito e Economia e sua aceitação amplamente difundida pode ser explicada por certa tradição norte-americana de longa data.

As idéias do utilitarismo podem ser encontradas em Jeremy Bentham, que criticou Sir William Blackstone, o eminente jurista britânico, em seus trabalhos sobre política jurídica.¹²⁰ Enquanto que Blackstone ensinava o direito positivo,¹²¹ Bentham era um reformista.¹²² Ele pretendia desacreditar dogmas tradicionais¹²³ e se tornou particularmente conhecido por sua aversão a grupos teológicos e metafísicos de pensamento.¹²⁴ Em seu trabalho, ele se baseou em Cesare Beccaria e depois encontrou defensores fervorosos de suas idéias em James Mill e no seu filho, John Stuart Mill.¹²⁵ Bentham definiu um objetivo legislativo e tentou que o mesmo prevalecesse na política. Seu modelo comportamental era claramente hedonista: “A natureza colocou a

Ökonomische Analyse des Rechts 1, 6-7 (Heinz-Dieter Assmann, Christian Kirchner & Erich Schanze eds., 2d ed. 1993); Dau-Schmidt & Brun, nota acima 9, p. 615-16; veja Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 362 (1990) (argumentando que o formalismo econômico era preferível ao formalismo jurídico, na medida em que pode ser examinado empiricamente).

¹²⁰ Nós não vamos entrar no debate sobre em que medida Bentham pretendia promover suas próprias concepções morais. Veja, e.g., Richard A. Posner, *Blackstone and Bentham*, 19 *J.L. & Econ.* 569, 593, 596 (1976).

¹²¹ Veja de forma geral William Blackstone, *Commentaries on the Law of England* (1765-1769), disponível em <<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone>>.

¹²² Elie Halevy, *The growth of philosophic radicalism* 35 (1928). O próprio Bentham criticava Blackstone por suas visões anti-reformistas. Veja Jeremy Bentham, *A Fragment of Government*, Preface (1776), disponível em <<http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>>. Bentham particularmente criticava a confusão de Blackstone sobre ser e dever ser; e.g. Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986) 305. Mas veja Posner, nota acima 120, p. 569 (dando uma interpretação um tanto diferente sobre as críticas de Bentham a Blackstone).

¹²³ Bentham acreditava que a tradição do *common law* era patologicamente oposta a reformas; Postema, nota acima 122, p. 311-12.

¹²⁴ Halevy nota acima 122, p. 292-515; Keekok Lee, *The legal-rational state* 140 passim (1990).

¹²⁵ Para detalhes adicionais, veja Halevy, ob. cit. Em algumas áreas o impacto de Mill foi maior do que o de Bentham. Veja, e.g., Halevy, ob. cit., p. 271; Kelly, nota acima 21, p. 5-6.

humanidade sob a governança de dois mestres soberanos, dor e prazer.”¹²⁶ Uma vez que a “utilidade” tinha sido determinada sobre esse fundamento, era tarefa do legislador maximizá-la: “... a felicidade dos indivíduos, pelos quais a comunidade é composta...é o fim e o único fim que o legislador deve ter em sua visão.”¹²⁷

Apesar da pouca atenção dada a ele no século XIX, o trabalho de John Austin foi influenciado por Bentham.¹²⁸ Entretanto, o trabalho de Austin resultou em um eco amplamente difundido fora de seu país natal e, pela Espanha, também chegou à América Latina. Entretanto, ele teve pouco sucesso na França e na Alemanha.¹²⁹ Nos Estados Unidos, ele estava em contato com vários políticos.¹³⁰ O princípio da “maior felicidade possível” de Bentham foi reconhecido até mesmo por alguns dos pais fundadores, tais como Thomas Jefferson e Benjamim Franklin, como o objetivo da política jurídica e também foi pego e desenvolvido ainda mais pelos filósofos norte-americanos.¹³¹ Não é surpreendente que ele tenha sido citado por tribunais, incluindo a Suprema Corte dos Estados Unidos, diversas vezes.¹³²

A importância de Bentham aumentou até a Guerra Civil Norte-americana, mais no norte do que no sul. Entre outros, o juiz-presidente Taney da Suprema Corte norte-americana declarou em uma decisão de 1837 que “o objeto e o fim de todo governo é promover a felicidade e a prosperidade da comunidade pela qual ele é estabelecido.”¹³³ Ao mesmo tempo, editoriais de jornais citaram com aprovação as idéias de Bentham.¹³⁴ Começando com juízes como Lord Mansfield, foi lentamente reconhecido que os tribunais poderiam se desviar do *common law* se a utilidade exigisse que elas o

¹²⁶ Jeremy Bentham, Introduction to the Principles of Morals and Legislation 14 (Batoche Books 2000) (1781), disponível em <<http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/morals.pdf>>; veja também Kelly, ob. cit., p. 14 passim (discutindo o hedonismo psicológico do trabalho de Bentham).

¹²⁷ Bentham, ob. cit., p. 27.

¹²⁸ Duxbury, nota acima 106, p. 39; veja também Duxbury, nota acima 79, p. 54-64 (discutindo a influência marginal do Realismo Jurídico norte-americano sobre a academia jurídica inglesa).

¹²⁹ Halevy, nota acima 122, p. 296-97.

¹³⁰ Peter King, Utilitarian Jurisprudence in America 71 (1986).

¹³¹ King, ob. cit., p. 139-484, 142. Até mesmo Bentham pensava que esse princípio era a força motriz da legislação norte-americana. Ob. cit., p. 62.

¹³² A busca por "Bentham" na LexisNexis encontrou 624 resultados, entre estes 46 decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Pelo menos sete delas mencionam os princípios da maior felicidade possível. (A procura se restringiu a decisões nas quais as palavras “Bentham” e “felicidade” eram encontradas dentre vinte palavras. Os tribunais tipicamente utilizam o termo “princípio da maior felicidade possível.”) A busca foi repetida pela última vez em 20 de novembro de 2005.

¹³³ Charles River Bridge v. Warren Bridge, 36 U.S. 420, 547 (1837).

¹³⁴ E.g., Editorial, Boston Morning Post, May 16, 1840; New York Evening Post, 11 de junho de 1840. Mesmo a conservadora “North American Review” vangloriou Bentham por atacar preconceitos antigos; também como citado por King, nota acima 130, p. 252 passim.

fizessem. Entre outras coisas, a razão dada para isso era a idéia de que a *common law* deveria estar sujeito a uma constante transformação utilitarista.¹³⁵ Os oponentes de Bentham tenderam a criticar a sua falta de originalidade ao invés de suas idéias sobre política jurídica.¹³⁶ Alguns se opuseram a suas visões por motivos religiosos, o que era fácil de compreender na medida em que o utilitarismo era visto como um meio de banir a teologia da filosofia.¹³⁷ Levando-se tudo em consideração, a importante influência das idéias de Bentham no público norte-americano pode ser identificada já na primeira metade do século XIX.

Em partes, seus trabalhos influenciaram o Realismo Jurídico, contudo, primordialmente na análise das conseqüências de normas jurídicas e não como um programa de política.¹³⁸ A influência da maximização da utilidade na economia neoclássica do bem-estar foi muito mais forte, na medida em que serviu como um objetivo normativo e como fundamento para um maior desenvolvimento do utilitarismo.¹³⁹ Ela também foi um elemento básico importante da análise econômica do direito.¹⁴⁰ William Stanley Jevons, um dos pais da teoria da utilidade marginal e seguidor de Bentham, argumentou que “a utilidade deve ser considerada com medida pela (...) adição à felicidade de uma pessoa (...) ela é um nome conveniente para o agregado do balanço favorável de sentimento produzido menos a soma do prazer criado e da dor evitada.”¹⁴¹

¹³⁵ Mensch, nota acima 96, p. 27. Note que o próprio Bentham rejeitava a abordagem do *common law*, desenvolvendo uma teoria positivista do direito.

¹³⁶ King, nota acima 130, p. 218, 234-35.

¹³⁷ King, ob. cit., p. 240-42 (se referindo a John Neil).

¹³⁸ Veja, e.g., Cohen, nota acima 84, p. 848 (“Desde as brilhantes conquistas de Bentham, a ciência jurídica descritiva quase não tem feito progresso na determinação das conseqüências das regras jurídicas.”)

¹³⁹ Alfred Bohnen & Grehard Weisser, *Die utilitaristische Ethik als Grundlage der modernen Wohlfahrtsökonomie* (1964).

¹⁴⁰ Veja, e.g., Charles K. Rowley, *Wealth Maximization in Normative Law and Economics: A Social Choice Analysis*, 6 *Geo. Mason L. Rev.* 971, 981-84 (1998), cf. Lewis A. Kornhauser, *A guide to the perplexed claims of efficiency in the law*, 8 *Hofstra L. Rev.* 591, 598 (1980); Robert Cooter & Peter Rappoport, *Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics?*, 22 *J. Econ. Lit.* 511 (1984). Dentre outros, Francis Ysidro Edgeworth, junto a Henry Sidgwick, foram alguns dos mais importantes utilitaristas daquela época e alguns dos pais da economia do bem-estar, utilizavam o critério de “diferenças apenas notáveis” para medir a utilidade e, dessa forma, manter a tradição utilitarista; Robert Cooter & Peter Rappoport, *Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics?*, 22 *J. Econ. Lit.* 511 (1984).

¹⁴¹ William Stanley Jevons, *The Theory of Political Economy*, p. 53-54 (Macmillan ed. 1911) (1871).

Enquanto Jevons acreditava que não poderia existir denominador comum para meros sentimentos,¹⁴² isto não o impediu de se engajar em comparações interpessoais de utilidades e em agregá-las.¹⁴³ Bentham acreditava que a felicidade era homogênea, independente de indivíduos e poderia ser comparada e medida em uma escala cardinal.¹⁴⁴ A idéia de medição cardinal de utilidade manteve sua influência dos trabalhos de Bentham passando por Arthur Cecil Pigou¹⁴⁵ e continuou até as comparações ordinais de utilidade¹⁴⁶, o que caracterizou o movimento de Direito e Economia.¹⁴⁷ O fator mais decisivo foi a convicção que estimativas sobre a utilidade individual são uma melhor aproximação do que qualquer alternativa, o que é compartilhado entre utilitaristas e a análise econômica do direito.¹⁴⁸ Em muitos casos, a implementação prática dessa idéia significava que a utilidade deveria ser transformada em valor monetário, o que é muitas vezes feito no Direito e Economia moderno e também pode ser encontrado em Bentham.¹⁴⁹

De qualquer forma, Bentham criou um objetivo normativo para a economia e então, ao mesmo tempo, permitiu que este se tornasse o sujeito da teoria do direito.¹⁵⁰ Às vezes, os primeiros trabalhos de Direito e Economia se referiam a Bentham diretamente. Por exemplo, a “Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação” de

¹⁴² Ob. cit., p. 111.

¹⁴³ Veja Rowley, nota acima 140, p. 971, 981.

¹⁴⁴ E.g., Rowley, ob. cit., p. 978-79 (discutindo isto no contexto o Direito e Economia).

¹⁴⁵ Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Welfare* (1920); cf. Rowley, ob. cit., p. 978-79, 982.

¹⁴⁶ A renúncia de medidas cardinais de utilidade e comparações interpessoais de utilidade é muitas vezes atribuída a Vilfredo Pareto. Veja Paul A. Samuelson, *Foundations of Economic Analysis* 93-94 (1947); especificadamente, veja Vilfredo Pareto, *Manuale di Economia Politica* (1906) (em particular, os capítulos III §§12, 16, 29 e o capítulo II § 34 e seq., discutindo o utilitarismo). A teoria neoclássica do consumidor foi desenvolvida sob o pressuposto de preferências pessoais ordinárias. Samuelson, ob. cit., p. 97-98, 173, 226. Veja também Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions and Inter-personal Comparisons of Utility*, 49 *Econ. J.* 549 (1939); J. R. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 *Econ. J.* 696 (1939). Para uma visão geral histórica, veja Cooter & Rappoport, nota acima 140, p. 507

¹⁴⁷ Sobre a discussão sobre eficiência de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks, veja notas abaixo 227-229 e o texto correspondente.

¹⁴⁸ Veja, e.g., Rowley, nota acima 140, p. 981-84.

¹⁴⁹ Jeremy Bentham, *The Philosophy of Economic Science*, in *Jeremy Bentham's Economic Writings* 117 (W. Stark ed., 1952) (“Dinheiro é o instrumento para medir a quantidade de dor ou prazer. Aqueles que não se satisfazem com a precisão deste instrumento devem encontrar algum outro que seja mais preciso ou dizer adeus à políticas e morais”); veja Lee, nota acima 124, p. 119; Kelly, nota acima 21, p. 33-34.

¹⁵⁰ Richard A. Posner, *Bentham's Influence on the Law and Economics Movement*, 51 *Current Legal Probs.* 425, 437 (1998). Veja também Rowley, nota acima 18, p. 8; e cf. Wilfred Harrison, *Introduction to J. Bentham*, in *Jeremy Bentham, A Fragment on Government ix* (1988) (destacando a novidade da abordagem de utilizar a legislação como um meio para colocar o utilitarismo em prática). Mas veja Joseph Priestley, *An Essay on the First Principles of Government* (1768) (um trabalho anterior com uma abordagem similar); também, e.g., Halevy, nota acima 122, p. 127-78; P.J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice - Jeremy Bentham and the Civil Law* (1990).

Bentham se tornou a base para a análise econômica do direito desenvolvida pelo posteriormente prêmio Nobel Gary Becker em seu artigo seminal *Crime and Punishment*.¹⁵¹ Richard Posner, um dos pioneiros da análise econômica do direito, admite que o utilitarismo de Bentham exerceu uma influência decisiva,¹⁵² apesar de Posner distinguir sua própria abordagem normativa do Direito e Economia do utilitarismo.¹⁵³

Igualmente a Bentham, Posner assume que indivíduos são maximizadores racionais de utilidade, e que a eficiência econômica seja um conceito científico.¹⁵⁴ Posner permite comparações interpessoais de utilidade, utiliza a riqueza com uma medida cardinal de utilidade e começa com a maximização da utilidade total como o núcleo do utilitarismo.¹⁵⁵ Em geral, o método de agregar todos os tipos de utilidade em uma única unidade¹⁵⁶ não é apenas o núcleo do utilitarismo, mas também da análise econômica do custo-benefício.¹⁵⁷ Da mesma forma, os outros pilares do utilitarismo, i.e. consequencialismo (de acordo com o qual as ações humanas devem ser julgadas por suas conseqüências) e o princípio da maximização universal de felicidade ou utilidade (i.e. a idéia de que a concretização dos desejos humanos de acordo com as preferências individuais seja desejável como tal) formaram as bases para a análise econômica do direito.¹⁵⁸ Rowley descreve o “*welferismo*”, o “*sum-ranking*” e o “consequencialismo” como características do utilitarismo, as quais influenciaram a teoria da utilidade marginal e a economia do bem-estar, da qual o Direito e Economia se origina.¹⁵⁹ Mais provavelmente, o desenvolvimento do movimento de Direito e Economia foi facilitado

¹⁵¹ Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. Pol. Econ.* 169 (1968). Veja Posner, nota acima 120, p. 600 (discutindo a influência de Bentham sobre o trabalho de Becker); veja de forma geral Posner, nota acima 150, p. 430, 437 (“Bentham pode ser considerado, ao lado de Smith, quem foi, entretanto, mais ambivalente sobre a importância ética da economia, o fundador da economia normativa.”)

¹⁵² Ob cit.

¹⁵³ E.g., Posner, *Utilitarianism*, nota acima 18, p. 103; Posner, nota acima 120, p. 425. Veja Parisi, *Changing Contours*, nota acima 18, p. 46-47 (resumindo, mas utilizando uma definição bastante restrita de utilitarismo). Precisamente essa tentativa de se distanciar gerou muitas críticas a Posner, em particular sua tentativa de suplantir a maximização da utilidade com maximização da riqueza. Veja, e.g., Calabresi, *The New Economics Analysis of Law*, nota acima 20, p. 90; veja também Mathis, nota acima 19, p. 187.

¹⁵⁴ Rowley, nota acima 140, p. 990 (se referindo a Richard A. Posner, *The Economics of Justice* (1981)).

¹⁵⁵ Veja também Rowley, nota acima 140, p. 992.

¹⁵⁶ Bernhard Gesang, *Eine Verteidigung des Utilitarismus* 19 (2003).

¹⁵⁷ Veja, e.g., Kornhauser, nota acima 140, p. 598.

¹⁵⁸ Uma visão geral útil destes termos é dada por Gesang, nota acima 156, p. 17.

¹⁵⁹ Rowley, nota acima 140, p. 981 passim; veja também Kornhauser, nota acima 140, p. 591, 598-99 (discutindo a ligação íntima entre o objetivo do utilitarismo e do Direito e Economia de maximizar a utilidade total).

pelo fato de que críticas influentes sobre o utilitarismo ainda não tinham sido escritas quando ele começou a ser propagado,¹⁶⁰ e que o utilitarismo gozava de prestígio junto à comunidade acadêmica norte-americana.¹⁶¹ Mesmo críticas (norte-americanas) ao utilitarismo não se distanciaram das próprias muito claramente de alguns de seus pressupostos fundamentais.¹⁶²

Como um resultado preliminar, nós podemos identificar duas razões cruciais de por que a economia foi facilmente implementada na academia jurídica norte-americana: primeiro, o utilitarismo havia ganhado uma considerável importância na sociedade norte-americana e também influenciado o movimento moderno de Direito e Economia. Segundo, o contexto político específico durante a primeira metade do século XX levou ao surgimento do Realismo Jurídico, o qual desacreditou o pensamento jurídico clássico e então, criou um vácuo na academia jurídica que pôde ser preenchido por novas idéias. Hoje, a maioria dos acadêmicos do direito norte-americanos parecem compartilhar de um entendimento instrumental do direito: o direito é visto como um meio para atingir objetivos específicos ao invés de ter valor em si próprio.¹⁶³ Muito mais do que em qualquer outro lugar, isso permitiu que novos movimentos, e em especial o Direito e Economia, florescessem.

C. Origens e Desenvolvimento do Moderno Movimento de Direito e Economia

Economistas tiveram um interesse pelo direito muito antes do desenvolvimento da moderna análise econômica do direito.¹⁶⁴ Ao mesmo tempo, acadêmicos do direito

¹⁶⁰ E.g., Amartya Sen, *Collective Choice and Social Welfare* (1970); John Rawls, *A Theory of Justice* (1971); Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977). É claro, algumas críticas anteriores tinham sido escritas. Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932).

¹⁶¹ Veja Calabresi, *The New Economics Analysis of Law*, nota acima 20, p. 104. Veja também John Broome, *Modern Utilitarianism*, in 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 651, 656 (Peter Newman ed., 2002); cf. Mark J. Roe, *Backlash*, 98 *Colum. L. Rev.* 217, 239 (1998) (especulando que a sociedade norte-americana pode ser mais aberta à análise de eficiência do Direito e Economia do que outras, na medida em que a distribuição desigual pode resultar mais facilmente em uma instabilidade política destrutiva em outros lugares).

¹⁶² A concepção de justiça de Rawls era às vezes interpretada como utilitarista, o que, é claro, Rawls se opunha. See John Rawls, *Justice as Fairness* (2001).

¹⁶³ Summers, nota acima 58, p. 861 passim; Lewis A. Kornhauser, *The Great Image of Authority*, 36 *Stan. L. Rev.* 349, 361 (1984).

¹⁶⁴ Para exemplos anteriores na Áustria, veja Victor Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes vom*

tentaram ganhar um melhor entendimento do direito estudando economia.¹⁶⁵ Entretanto, o Direito e Economia como uma ferramenta aberta a um grupo maior de acadêmicos do direito se desenvolveu apenas durante os anos 60, e foi iniciado em grande parte pelos trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, os quais são tipicamente descritos como os pais fundadores do movimento de Direito e Economia.¹⁶⁶ A base havia sido preparada durante os anos 40 e 50 na Universidade de Chicago, a qual iria se tornar o lar intelectual da análise econômica do direito, da mesma forma que Harvard representava a tradição Langdelliana e Yale e Columbia, o Realismo Jurídico.¹⁶⁷ Aaron Director, o segundo economista a ser indicado para a faculdade de direito da Universidade de Chicago em 1946,¹⁶⁸ começou a exercer grande influência tanto no departamento de economia, como na faculdade de direito. Suas habilidades de ensino o permitiram exercer considerável influência tanto em seus alunos, como em outros professores.¹⁶⁹ Ele foi o editor original do *Journal of Law and Economics*, no qual Ronald Coase iria publicar seu artigo seminal *The Problem of Social Cost* em 1960,¹⁷⁰ que finalmente engatilhou a aplicação da análise econômica além dos campos de direito empresarial como *antitrust*, direito societário e tributário, e então, lançou o movimento de Direito e Economia.

O artigo de Coase proporciona uma poderosa crítica a Arthur Pigou¹⁷¹ e à ideia Pigoviana de internalizar os custos externos impondo o pagamento de indenizações pela parte responsável pela redução na quantidade economicamente eficiente. Destacando os efeitos de incentivos nas pretensas vítimas de externalidades, Coase demonstrou a reciprocidade da relação entre aquele que comete o dano e a vítima. Como resultado, o que agora é conhecido como Teorema de Coase, e “negociação Coaseana” de uma forma geral, emprestou sua concepção de economia para uma ampla variedade de problemas jurídicos. Outro importante precursor, o prêmio Nobel em 1992 Gary

Standpunkt der Nationalökonomie (1888); Friedrich Kleinwächter, *Die Kartelle - Ein Beitrag zur Frage der Organisation der Volkswirtschaft* (1883).

¹⁶⁵ Veja Mackaay, nota acima 54, p. 70-71 (discutindo o declínio do movimento de Direito e Economia do século XIX).

¹⁶⁶ Veja também Schanze, nota acima 119, p. 2 passim.

¹⁶⁷ Duxbury, nota acima 79, p. 331. Charles K. Rowley, *Law and Economics from the Perspective of Economics*, in 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 478 (Peter Newman ed., 2002).

¹⁶⁸ Duxbury, nota acima 79, p. 342; Mackaay, nota acima 54, p. 72.

¹⁶⁹ Duxbury, nota acima 79, p. 342 -420; James J. Heckman, *The Intellectual Roots of the Law and Economics Movement*, 15 *L. & Hist. Rev.* 327, 331 (1997).

¹⁷⁰ R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960).

¹⁷¹ Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Welfare* (4^a ed. 1932).

Becker, lecionou em grande parte também na Universidade de Chicago (embora não na faculdade de direito). Ele é muitas vezes citado como o primeiro que aplicou métodos econômicos a situações que normalmente não são consideradas como regidas pelo mercado, tais como crime, discriminação racial¹⁷² e vida familiar¹⁷³.¹⁷⁴ Ele é conhecido por seu trabalho sobre comportamento racional e irracional,¹⁷⁵ sobre capital humano¹⁷⁶ e por seu trabalho pioneiro sobre crime e punição¹⁷⁷, tendo aplicado um tipo de análise econômica que pode ser encontrada em quase todos os manuais de Direito e Economia de hoje.¹⁷⁸

Sobre essas fundações, a economia foi pela primeira vez capaz de atingir resultados interessantes para juristas trabalhando em algumas áreas centrais do direito, tais com direito contratual, responsabilidade civil e direito penal, incluindo áreas supostamente não regidas por mercados. Esses trabalhos também puderam ser aproveitados em estudos jurídicos aplicados a campos que haviam sido discutidos por economistas já há algum tempo, como economia industrial.¹⁷⁹

Entretanto, o fator decisivo para a importância da análise econômica do direito hoje foi a aplicação de princípios econômicos não apenas por economistas, mas em grande parte pelos próprios acadêmicos do direito. Durante os anos 60 e 70, Guido Calabresi começou a estudar responsabilidade civil partindo de uma perspectiva econômica independentemente de Coase, publicando uma série de artigos¹⁸⁰ e um livro sobre os custos de acidentes.¹⁸¹ Outro importante precursor do movimento de Direito e

¹⁷² Gary Becker, *The Economics of Discrimination* (1957).

¹⁷³ Gary Becker, *A Treatise on the Family* (1981).

¹⁷⁴ Cf. Mackaay, nota acima 54, p. 73.

¹⁷⁵ Gary Becker, *Irrational Behavior and Economic Theory*, 70 *J. Pol. Econ.* 1 (1962) (argumentando que atores irracionais irão, no longo prazo, ser eliminados do mercado ou forçados a agir racionalmente). Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976).

¹⁷⁶ Gary Becker, *Human Capital* (1975).

¹⁷⁷ Becker, nota acima 151.

¹⁷⁸ Veja, e.g., Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 215 passim (6ª ed. 2003); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 79 passim (3ª ed. 2003).

¹⁷⁹ Cf. Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harv. L. Rev.* 765, 767 (1987).

¹⁸⁰ Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L. J.* 499 (1961); Guido Calabresi, *The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs*, 78 *Harv. L. Rev.* 713 (1965); Guido Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment*, 11 *J. L. & Econ.* 67 (1968); Guido Calabresi & A. Douglas Melamad, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972); Guido Calabresi & Jon Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 *Yale L. J.* 1055 (1972); Guido Calabresi, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 *Yale L. J.* 656 (1975); Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts*, 43 *U. Chi. L. Rev.* 69 (1975).

¹⁸¹ Guido Calabresi, *The Cost of Accidents* (1970).

Economia na academia jurídica foi Henry Manne, cujas principais áreas foram direito societário e a regulação do mercado de valores mobiliários, nos quais ele se tornou principalmente conhecido como um defensor de visões anti-intervencionistas¹⁸² e como um crítico da proibição do uso de informação privilegiada.¹⁸³ Em 1976, Manne estabeleceu um curso intensivo de duas semanas sobre microeconomia para juízes.¹⁸⁴ Apesar de esse programa ter sido diversas vezes criticado como sendo tendencioso em favor da Escola de Chicago e como sendo patrocinado por grandes corporações,¹⁸⁵ cerca de um terço dos juízes federais tinha participado dele até 1983¹⁸⁶, 40% até 1990.¹⁸⁷ Dois outros passos no estabelecimento do Direito e Economia como um campo acadêmico foram dados por Richard Posner, que fundou o *Journal of Legal Studies* em 1972. Este periódico, focado em Direito e Economia, é em grande parte lido e preenchido com artigos de professores de direito.¹⁸⁸ Seu tratado *Economic Analysis of Law*, publicado pela primeira vez em 1973,¹⁸⁹ foi o primeiro manual padrão de Direito e Economia.¹⁹⁰ Após mais de 40 anos, a análise econômica do direito se tornou um elemento estabelecido da cultura jurídica norte-americana.¹⁹¹ Essa reputação do movimento de Direito e Economia também é aceita pelos seus críticos.¹⁹²

¹⁸² Henry Manne, *The Higher Criticism of the Modern Corporation*, 62 *Colum. L. Rev.* 399 (1962); Henry Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 *J. Pol. Econ.* 110 (1965); Henry Manne, *Our Two Corporate Systems: Law and Economics*, 54 *Va. L. Rev.* 259 (1967).

¹⁸³ Henry Manne, *In Defense of Insider Trading*, 44 *Harv. Bus. Rev.* 113 (1966); Henry Manne, *Insider Trading and the Stock Market* (1966); veja de forma geral Duxbury, nota acima 79, p. 359. Veja Henry Manne, *How law and economics was marketed in a hostile world: a very personal history*, in *The Origins of Law and Economics* 309 (Francesco Parisi & Charles K. Rowley eds., 2005) (vivamente descrevendo as primeiras resistências ao Direito e Economia).

¹⁸⁴ Veja Henry N. Butler, *The Manne Program in Economics for Federal Judges*, 50 *Case W. Res. L. Rev.* 351 (1999).

¹⁸⁵ Veja Duxbury, nota acima 79, p. 359-60; George L. Priest, *Henry Manne and the Market Measure of Intellectual Influence*, 50 *Case W. Res. L. Rev.* 325, 330 (1999) (discutindo o currículo do programa).

¹⁸⁶ Duxbury, nota acima 79, p. 360.

¹⁸⁷ Butler, nota acima 184, p. 352. Veja de forma geral Bruce A. Green, *Judicial Independence: May Judges Attend Privately Funded Educational Programs? Should Judicial Education be Privatized?: Questions of Judicial Ethics and Policy*, 29 *Fordham Urb. L. J.* 941, 941-42, 954 (2002).

¹⁸⁸ O *Journal of Law and Economics* foi fundado em 1958 por Aaron Director e posteriormente editado por Ronald Coase.

¹⁸⁹ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Little, Brown & Company Limited 1972).

¹⁹⁰ Posner, nota acima 178.

¹⁹¹ William M. Landes & Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 *J. L. & Econ.* 385 (1993) (utilizando análises empíricas para corroborar essa tese já em 1993).

¹⁹² E.g., Anthony T. Kronman, *The Second Driker Forum for Excellence in the Law*, 42 *Wayne L. Rev.* 115, 160 (1995).

Pode ser verdade que a Escola de Chicago já penetrou naquelas áreas prontamente abertas a abordagem.¹⁹³ Entretanto, outros tipos de análises econômicas evoluíram desde então, o que também tem sido capaz de influenciar o pensamento jurídico nos Estados Unidos.

D. A Academia Jurídica Norte-americana e o Direito e Economia Hoje

A própria ideia de uma “ciência jurídica” foi desacreditada pelo Realismo Jurídico nas primeiras décadas no século XX. Entretanto, enquanto que o direito ainda era reconhecido como uma disciplina autônoma na metade do século XX, Richard Posner identifica um declínio dessa visão nos anos 60.¹⁹⁴ Posner argumenta que a razão para esse declínio não é a influência da economia e disciplinas relacionadas, mas o fim de um consenso político entre acadêmicos do direito e a perda geral de confiança na habilidade dos juristas para resolver os problemas da sociedade moderna.¹⁹⁵ Isso não implica necessariamente que a academia jurídica norte-americana utilize exclusivamente, ou mesmo primordialmente, a análise econômica do direito. Entretanto, retornando ao Realismo Jurídico, uma perspectiva consequencialista claramente predomina. Um acadêmico do direito pode escolher entre uma variedade de abordagens metodológicas de várias disciplinas, incluindo sociologia e ciência política.

Como uma consequência daquilo dito acima, o trabalho de acadêmicos do direito nos Estados Unidos é fundamentalmente diferente daqueles de professores de direito em qualquer outro lugar, incluindo o trabalho de acadêmicos em outros países de *common law*. Acadêmicos do direito são tipicamente menos interessados em detalhes doutrinários do que em um estudo do direito de uma perspectiva externa, interdisciplinar.¹⁹⁶ A academia não se importa com encontrar a interpretação “correta” ou com descobrir o que é o direito, mas está preocupada com a política jurídica e com o que o direito deve ser. Por esta razão, a academia jurídica tem ocasionalmente sido criticada por ter perdido sua utilidade para a prática (por exemplo, em descobrir,

¹⁹³ Veja de forma geral, e.g., Richard A. Epstein, *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, 64 U. Chi. L. Rev. 1167 (1997).

¹⁹⁴ Posner, nota acima 179, p. 761; contra, e.g., Charles Fried, *The Artificial Reason of Law or: What Lawyers Know*, 60 Tex. L. Rev. 35 (1981).

¹⁹⁵ Posner, nota acima 179, p. 766-67; também cf. Cheffins, nota acima 27, p. 201-02.

¹⁹⁶ Cheffins, ob. cit., p. 198-99.

analisar e diferenciar precedentes):¹⁹⁷ À medida que argumentos de política fora do sistema jurídico não são aceitos pelos juízes, a rejeição do doutrinalismo tem tornado a academia jurídica menos útil para praticantes.

Uma variedade de outros fatores pode ajudar a explicar por que abordagens interdisciplinares ganharam tanto espaço nos Estados Unidos. O extraordinário mundo dos periódicos acadêmicos (comparado tanto com outros como com periódicos em outros sistemas legais) quase que certamente é responsável por uma parcela desse desenvolvimento.¹⁹⁸ Estudantes decidem sobre a aceitação e a rejeição de artigos,¹⁹⁹ e seu trabalho gratuito permite que autores publiquem artigos muito mais longos do que em países de língua alemã.²⁰⁰ Os artigos publicados por *law reviews* norte-americanas, ao contrário de artigos em periódicos germânicos típicos, dificilmente encontram-se sob pressão para serem imediatamente úteis para a prática de juízes e juristas, o que facilita o foco em questões interdisciplinares e teóricas.²⁰¹ Além disso, diferentemente da maioria dos outros países, o direito é uma pós-graduação nos Estados Unidos, muitos estudantes têm uma experiência acadêmica ou prática em outras áreas, e aqueles visando a uma carreira acadêmica muitas vezes se inscrevem em programas de Ph.D. em economia, ciências políticas ou filosofia (ou um MBA) antes, paralelamente a, ou depois da faculdade de direito.²⁰² Faculdades de direito norte-americanas algumas vezes até mesmo empregam economistas sem nenhum treinamento formal em direito. Assim, muitos professores têm a experiência metodológica necessária para o Direito e Economia, o que também tem um impacto na educação jurídica.

E. O Direito e Economia como um Programa Político?

¹⁹⁷ Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 *Mich. L. Rev.* 34, 42-78 (1992).

¹⁹⁸ Para um relato descritivo da perspectiva de um acadêmico alemão de direito comparado, veja Reinhard Zimmermann, *Law Reviews: A Foray Through A Strange World*, 47 *Emory L. J.* 659 (1998).

¹⁹⁹ Para uma avaliação crítica, veja James Lindgren, *An Author's Manifesto*, 61 *U. Chi. L. Rev.* 527 (1994).

²⁰⁰ Ocasionalmente, surgem artigos de centenas de páginas. Veja, e.g., Kaplow & Shavell, nota acima 20, que foi publicado pela primeira vez como um artigo de mais de 400 páginas na *Harvard Law Review*. Veja de forma geral Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 *Harv. L. Rev.* 961 (2001).

²⁰¹ Cf. Zimmermann, nota acima 198, p. 679-88.

²⁰² Cf. Robert C. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 *Chi.-Kent. L. Rev.* 23, 26 (1989) (dando exemplos de professores de direito conceituados com doutorado em economia).

Uma crítica importante à análise econômica do direito é sua suposta inclinação conservadora em questões de política econômica.²⁰³ Na nossa visão, essa alegação é incorreta, se bem que tenha certa justificativa atendendo ao cenário específico em que o Direito e Economia começou a prosperar. Argumentos de Direito e Economia, particularmente aqueles atribuídos à Escola de Chicago, foram muitas vezes utilizados para objetivos políticos substancialmente conservadores. Richard Posner, muitas vezes descrito com um conservador²⁰⁴, é provavelmente o melhor exemplo: sua teoria de que a *common law* tenda a levar à eficiência²⁰⁵ é um argumento muito bom contra intervenção legislativa para favorecer grupos (supostamente) desfavorecidos.

O influente manual de Posner, o qual é facilmente acessível para leitores não economistas, e sua excepcional carreira acadêmica (também em termos de quantidade de produção), determinou a forma como o movimento do Direito e Economia é visto por terceiros.²⁰⁶ Posner, e não Guido Calabresi,²⁰⁷ passou a ser considerado o líder do movimento nos seus primórdios, o que é algumas vezes atribuído ao “caráter imperialista” de seu tratado.²⁰⁸ Suas propostas têm algumas vezes sido radicais e muitas vezes idiossincráticas²⁰⁹ e o tornaram um alvo popular de críticas.²¹⁰

²⁰³ E.g., Morton J. Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, 8 *Hofstra L. Rev.* 905 (1980); Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 126 (1987); Robert C. Downs, *Law and Economics: Nexus of Science and Beliefs*, 27 *Pac. L. J.* 1, 19 (1995). Críticas similares têm sido feitas na literatura germânica. Veja Taupitz, nota acima 11, p. 129-30, 133.

²⁰⁴ E.g., Robin Paul Malloy, *Invisible Hand or Sleight of Hand? Adam Smith, Richard Posner and the Philosophy of Law and Economics*, 36 *U. Kan. L. Rev.* 209 (1988); Minda, nota acima 55, p. 373; contra Richard A. Posner, *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*, 149 *J. Institutional & Theoretical Econ.* 73, 83 (1993).

²⁰⁵ De acordo com Posner, precedentes jurídicos têm que se manter no mercado: se um precedente se revela economicamente insustentável, as partes envolvidas tentarão derrubá-lo, ao que os tribunais eventualmente cederão. De acordo com Posner, isto resulta em um processo evolucionário que eventualmente produz um direito eficiente. Posner, nota acima 189; veja também Paul H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, 6 *J. Legal Stud.* 51 (1977); George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 *J. Legal Stud.* 65 (1977). A teoria, é claro, não é universalmente aceita. Veja Kornhauser, nota acima 140, p. 591; Adam J. Hirsch, *Comment: Evolutionary Theories of Common Law Efficiency: Reasons for (Cognitive) Skepticism*, 32 *Fla. St. U.L. Rev.* 425 (2005); Nicola Gennaioli & Andrei Shleifer, *The Evolution of Common Law*, 115 *J. Pol. Econ.* 43 (2007) (diferenciando-se).

²⁰⁶ Cf., e.g., James R. Hackney, Jr., *Law and Neoclassical Economics*, 15 *Law & Hist. Rev.* 275, 316 (1997).

²⁰⁷ Guido Calabresi é, em geral, considerado um liberal. Veja Horwitz, nota acima 203, p. 909.

²⁰⁸ Kelman, nota acima 203, p. 117.

²⁰⁹ Cf., e.g., a proposta de desregular o mercado para adoções. Veja Elisabeth Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 *J. Legal. Stud.* 323 (1978); Richard A. Posner, *The Regulation of the Market in Adoptions*, 67 *B.U. L. Rev.* 59 (1987).

²¹⁰ Cf. Kelman, nota acima 203, p. 117.

O impacto prático dessa forma de análise econômica está intimamente ligado a dois fatores. Por um lado, juristas-economistas têm sido nomeados como juízes desde que Ronald Reagan assumiu a Presidência, e.g. Richard Posner em 1981. Isto não apenas permitiu que o Direito e Economia influenciasse a jurisprudência diretamente, mas também teve algumas repercussões na educação jurídica. Um estudo publicado em 2002²¹¹ constatou que alguns juízes, que por acaso também eram professores de direito, dominavam a seleção de decisões judiciais utilizadas como materiais de estudo em livros de direito, com Richard Posner, Frank Easterbrook e Ralph Winter, todos associados à Escola de Chicago,²¹² liderando a área.

Uma segunda questão importante é a chamada “revolução *antitrust*,” que acompanhou o surgimento do Direito e Economia. Esse termo descreve o abandono da interpretação extensiva da Lei *Sherman*, da Lei *Clayton* e da Lei da *Federal Trade Commission*²¹³, que havia se tornado dominante nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, o que permitiu maior apoio aos poderes de “limpeza” do mercado; a Escola de Harvard de *antitrust*, a qual tinha até então dominado a economia industrial e era cética em relação a grandes firmas e conglomerados, teve que ceder espaço para a Escola de Chicago, que estava baseada na teoria neoclássica dos preços e enfatizava a instabilidade inerente dos monopólios.²¹⁴

Dos anos 80 em diante, os tribunais começaram a adotar as visões da Escola de Chicago, tal como o argumento de que o direito *antitrust* deveria servir a eficiência alocativa apenas e rejeitar outros objetivos, como a proteção de pequenos negócios.²¹⁵

²¹¹ Mitu Gulati & Veronica Sanchez, *Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks*, 87 Iowa L. Rev. 1141, 1155 (2002).

²¹² Frank Easterbrook é conhecido como um eminente acadêmico de direito societário e co-autor de um livro sobre o assunto, Frank Easterbrook & Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991). Ralph Winter é um professor da Faculdade de Direito de Yale e é conhecido na academia de direito societário como o criador da visão de “race to the top” no debate sobre competição regulatória no direito societário. Veja Ralph Winter, *State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation*, 6 J. Legal Stud. 251 (1977). Cf. Gulati & Sanchez, *ob. cit.*, p. 1166 (“Apesar da sua experiência de Yale, muitos comentadores consideram Winter como próximo à filosofia do ramo de Chicago do Direito e Economia.”); veja também Stephan J. Choi & G. Mitu Gulati, *Mr. Justice Posner? Unpacking the Statistics*, 61 NYU Ann. Surv. Am. L. 19 (2005) (identificando os juízes Posner e Easterbrook como aqueles com o maior número de decisões publicadas).

²¹³ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§1-7 (2000); Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §§12-27 (2000); 15 U.S.C. § 41 (2000); Federal Trade Commissions Act, 15 U.S.C. §§41-58 (2000).

²¹⁴ Veja Michael S. Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, 74 N.C. L. Rev. 219, 226-66 (1995); cf. Frank Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Tex. L. Rev. 1, 2 (1984).

²¹⁵ Cf. Jacobs, *ob. cit.*, p. 220-21; veja, e.g., *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588-89 (1986); *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 296 (1985); *National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85,

As diretrizes sobre fusões do Departamento de Justiça começaram a refletir essas visões da mesma forma.²¹⁶ Enquanto isso, um movimento contrário surgiu, o chamado *antitrust* “pós-Chicago”, cuja influência já foi refletida na jurisprudência.²¹⁷

É difícil negar que o crescimento do Direito e Economia tenha relação com um cenário político específico. A Escola de Chicago, que domina a visão externa sobre o Direito e Economia,²¹⁸ é o alvo da maioria das críticas lançadas dentro e fora dos Estados Unidos. Como praticantes do Direito e Economia, nós compartilhamos a visão de que uma condenação absoluta da abordagem econômica do direito é equivocada, na medida em que existem outras escolas de pensamento que não compartilham dessa agenda política.²¹⁹ A política é, obviamente, uma questão a considerar quando o Direito e Economia tenta estabelecer diretrizes normativas para política jurídica: para ser capaz de dizer se uma norma jurídica específica é eficiente (ou apenas mais eficiente que uma alternativa), é necessário que se defina a eficiência como um objetivo.²²⁰ Sob uma função utilitarista objetiva, a utilidade total é maximizada, o que resulta em um problema de medição. Uma solução simples é usar a riqueza total como o objetivo, o

104-07 (1984); and particularly *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 53 n.21 (1977).

²¹⁶ Oliver E. Williamson, *Delimiting Antitrust*, 76 *Geo. L. J.* 271, 273-74 (1987). Veja a chamada “abordagem mais econômica” que está ganhando terreno no direito *antitrust* europeu. Veja, e.g., Ingo L.O. Schmidt, *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v. Static Efficiency*, 28 *Eur. Competition L. Rev.* 408 (2007).

²¹⁷ Veja Robert H. Lande, *Chicago Takes it on the Chin: Imperfect Information Could Play a Role in the Post-Kodak World*, 62 *Antitrust L. J.* 193 (1993); Jacobs, nota acima 214, p. 246-47 (ambos citando a decisão da Suprema Corte no caso *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.* 504 U.S. 451 (1992) como evidência de uma abordagem “pós-Chicago”).

²¹⁸ Veja, e.g., Rowley, nota acima 18, p. 24 (explicando que a abordagem de Chicago dominou os primeiros programas de pesquisa de Direito e Economia); Susan Rose-Ackerman, *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy*, in *Law and Economics* 233, 237 (Nicholas Mercuro ed., Kluwer Academic Publishers 1989); nota acima 19.

²¹⁹ Veja, e.g., Minda, nota acima 109, p. 111, n.3; Mercuro & Medema, nota acima 60, p. 79; Ejan Mackaay, *Schools: General*, in *0500 International Encyclopedia of Law and Economics* 402, 410 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000); veja também Francesco Parisi, *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*, 18 *Eur. J. L. & Econ.* 259, 264-65 (2004); Rose-Ackerman, nota acima 218, p. 234; Susan Rose-Ackerman, *Economics, Public Policy, and Law*, 26 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 1, 1 (1996) (“Economia é método, não ideologia.”); cf. Ulen, nota acima 53, p. 408 (falando sobre um “processo de investigação”). Autores como Guido Calabresi, Steven Shavell and A. Mitchell Polinsky têm sido tidos como aderentes da “Escola New Haven” or “Escola Reformista.” Veja Mercuro & Medema, nota acima 60, p. 80; Wetlaufer, nota acima 60, p. 37; Mackaay, nota acima 54, p. 412; cf. Bruce A. Ackerman, *Law, Economics, and the Problem of Legal Culture*, 1986 *Duke L. J.* 929 (1986); Rose-Ackerman, nota acima 218, p. 235-36, 255, n.19.

²²⁰ Alguns dos principais acadêmicos de Direito e Economia explicitamente condenam o termo eficiência como sendo apenas uma ferramenta para aproximar a maximização do bem estar total do indivíduo. Veja Kaplow & Shavell, nota acima 20, p. 37.

que em muitos casos irá constituir uma simplificação admissível da análise,²²¹ ao menos quando previsões suplementares sobre tendências (como aversão ao risco ou a utilidade marginal decrescente da riqueza) são permitidas. Entretanto, utilizar a riqueza total como o objetivo final possui óbvias ramificações distributivas.

A tentativa de Richard Posner de distinguir sua própria abordagem do utilitarismo utilizando a riqueza como o único valor a ser considerado²²² não prevaleceu no debate.²²³ Muitos economistas do direito hoje em dia visam à maximização da utilidade humana total ou ao bem-estar social como tal.²²⁴ Louis Kaplow e Steven Shavell explicitamente incluem a distribuição da renda dentro da sua concepção econômica de bem-estar e expõem que a utilidade marginal decrescente da riqueza muitas vezes será um argumento a favor da redistribuição do rico para o pobre,²²⁵ apesar do problema de medição não ter sido de forma alguma resolvido. A maximização da riqueza, a qual é cega em relação à distribuição, é atualmente apenas vista como um meio para se aproximar ao máximo da maximização da utilidade.²²⁶ O mesmo se aplica à eficiência de Pareto (um conjunto de dotações é considerado Pareto-eficiente quando não seja possível melhorar a posição de ninguém sem prejudicar outrem)²²⁷ – essencialmente uma posição mínima de consenso que deve ser aceitável por todos – e ao critério de Kaldor-Hicks (presume-se existir um aumento de utilidade total quando uma alteração das dotações, por meio de, *e.g.*, uma mudança na lei, teoricamente permite ao seu beneficiário compensar o prejudicado, ainda que tal compensação não ocorra de fato).²²⁸

²²¹ Veja, *e.g.*, Kaplow & Shavell, nota acima 20, p. 37

²²² Posner, Utilitarianism, nota acima 18; Posner, Ethical and Political Basis, nota acima 18.

²²³ Contra *e.g.*, Ronald Dworkin, Is Wealth a Value?, 9 J. Legal Stud. 191 (1980); Anthony T. Kronman, Wealth Maximization as a Normative Principle, 9 J. Legal Stud. 227 (1980).

²²⁴ As linhas gerais dessa abordagem já podiam ser percebidas em Calabresi, nota acima 20; para argumentos mais detalhados veja Calabresi, About Law and Economics, nota acima 20; Calabresi, The new economics analysis of law, nota acima 20, p. 89; Lucian A. Bebchuk, The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?, 8 Hofstra L. Rev. 671 (1980); Kaplow & Shavell, nota acima 20. Para um resumo da discussão, veja Parisi, Changing Contours, nota acima 18, p. 44-48.

²²⁵ Kaplow & Shavell, *ob. cit.*, p. 29 *passim*. Veja de forma geral Herbert Hovenkamp, The Marginalist Revolution in Legal Thought, 46 Vand. L. Rev. 305 (1993) (dando um relato histórico).

²²⁶ Até mesmo Richard Posner parece ter abandonado sua perspectiva original. Veja Posner, Ethics, nota acima 18, p. 265 ("...Eu nunca sugeri que [riqueza] é o único valor social..."); Posner, Problematics, nota acima 18, p. 1670 nota 62; veja também Parisi, Changing Contours, nota acima 18, p. 47; Rowley, nota acima 18, p. 21-22. Cf. Herbert Hovenkamp, Legislation, Well-being, and Public Choice, 57 U. Chi. L. Rev. 63 (1990) (descrevendo a eficiência de Kaldor-Hicks como uma medida de riqueza, não de utilidade).

²²⁷ Veja, *e.g.*, Andreu Mas-Colell, Michael D. Whinston & Jerry R. Green, Microeconomic Theory 313 (Oxford University Press 1995); Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 12 (Scott, Foresman and Company 3ª ed. 2000).

²²⁸ Veja, *e.g.*, Heico Kerkmeyer, Methodology: General, in 2000 International Encyclopedia of Law and

De qualquer forma, a seleção de um critério normativo não é uma questão dos métodos de economia, mas das premissas morais, filosóficas e políticas subjacentes.²²⁹

É suficiente concluir que a rápida disseminação do Direito e Economia nos Estados Unidos parece ter sido reforçada pela ligação próxima entre uma de suas principais escolas com uma corrente política que estava surgindo na época. Entretanto, isso não deveria instigar os acadêmicos do direito a imediatamente rejeitarem métodos econômicos.

V. O Desenvolvimento na Europa Germânica

A. O Direito e Economia no Final do Século XIX

Os primeiros antecedentes do Direito e Economia moderno datam do final do século XIX e podem ser encontrados na Europa germânica, particularmente em Viena, a capital do Império Habsburgo.²³⁰ Um dos pioneiros da análise econômica do direito foi Victor Mataja, um professor de economia política e posteriormente um membro do governo como secretário de comércio. O trabalho mais importante de Mataja na sua área foi certamente seu tratado *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (A Responsabilidade da Indemnização de Danos do Ponto de Vista da Economia Política), publicado em 1888.²³¹ Mataja antecipou idéias centrais do movimento de Direito e Economia do século XX. Apesar da sua metodologia

Economics 383, 386 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000), disponível em <<http://allserv.rug.ac.be/gdegeest/>>; mas cf. Christopher T. Wonnell, Efficiency and Conservatism, 80 Neb. L. Rev. 643, 695 (2001) (argumentando que o critério de Kaldor-Hicks é distorcido em detrimento dos pobres).

²²⁹ Kornhauser, nota acima 163, p. 354.

²³⁰ A academia de Direito e Economia inclui e.g. Mataja, nota acima 164; Kleinwächter, nota acima 164; Anton Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890), disponível em <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22172083%22>>. A Escola de Economia de Freiburg dos anos 30 e 40 também trata sobre o papel econômico de instituições jurídicas, mas de uma maneira bem diferente do que o Direito e Economia contemporâneo; veja Franz Böhm, *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts* in Hans Julius Wolff (ed.), *Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg im Breisgau* (1957) 95-113.

²³¹ Mataja publicou um outro artigo sobre responsabilidade no qual ele discutiu as próximas reformas: Victor Mataja, *Das Schadenersatzrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1 *Archiv für Bürgerliches Recht* 267 (1889).

revolucionária, seu livro não teve grande influência na academia jurídica ou na prática.²³²

Tal como o Direito e Economia moderno, Mataja enfatizava os efeitos das leis de responsabilidade civil sobre os incentivos, o que o levou a criticar a regra da responsabilidade subjetiva.²³³ Ele sugeriu que, sob a regra de responsabilidade subjetiva, os incentivos para se prevenir o dano eram menores do que o socialmente ótimo porque o causador do dano não iria exercer mais cuidado do que o exigido pela lei. Pelo contrário, a responsabilidade objetiva proporcionaria incentivos ótimos porque os custos do dano seriam internalizados e o causador do dano iria minimizar os custos totais. No caso de um ato de força maior, ele argumentou que os custos do dano não deveriam ser suportados pelo dono, mas por aquele que possa prevenir melhor o dano.²³⁴ Mataja enfocava não apenas os efeitos sobre os incentivos, mas também discutia outros princípios. Ele observou que, devido à utilidade marginal decrescente da riqueza, os custos do dano deveriam ser espalhados por mais de uma pessoa.²³⁵

Mataja propôs diversos outros argumentos que eram completamente novos para sua época²³⁶ e certamente teria sido um merecido pai fundador do movimento de Direito e Economia. Seus contemporâneos não ignoraram sua monografia de 1888, e durante as discussões anteriores ao Código Civil Alemão, Mataja foi citado e discutido por acadêmicos do direito durante o debate sobre os respectivos méritos da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva.²³⁷ Fora de países de língua alemã, Mataja foi aproveitado, dentre outros, pelo acadêmico francês Teisseire em seu livro de 1901, *Essai d'une theorie générale sur le fondement de la responsabilité*, e pelo acadêmico húngaro Géza Marton.²³⁸ As posições profissionais que Mataja sustentava o tornaram uma figura importante no debate contemporâneo.

²³² Para uma discussão mais detalhada, veja Englard, nota acima 15, and Winkler, nota acima 24.

²³³ Mataja, nota acima 164, p. 23-24, 32 passim.; cf. Böhm-Bawerk, nota acima 39, p. 420-21; a literatura contemporânea inclui, e.g., Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* 179-80 (2004).

²³⁴ Cf. A literatura daquele que evita o custo ao menor preço, e.g., Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* 135-73, 261-63 (1970); Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 *Yale L. J.* 1055, 1060 (1972); Harold Demsetz, *When Does the Rule of Liability Matter?*, 1 *J. Legal Stud.* 13, 27-28 (1972).

²³⁵ Mataja, nota acima 164, p. 27 (se referindo a Böhm-Bawerk).

²³⁶ Veja, e.g., sua discussão sobre seguro obrigatório para acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, Mataja, nota acima 164, p. 85, 111.

²³⁷ Veja, e.g., Max Rümelin, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht* (1896).

²³⁸ Cf. Englard, nota acima 15, p. 183.

Os métodos econômicos que eram necessários para desenvolver teorias interdisciplinares já se encontravam bem avançados naquela época,²³⁹ e a discussão sobre direito privado (e.g. liberdade contratual) havia em grande parte se tornado um debate econômico, ao menos no que tange às diversas questões mais fundamentais.²⁴⁰ Institucionalmente, as disciplinas foram combinadas na Universidade de Viena em uma escola, e o currículo de direito incluía uma quantidade significativa de economia. Juristas como Carl Menger e Böhm-Bawerk foram indicados como professores de economia.²⁴¹ Quaisquer medos persistentes de contato entre acadêmicos das duas disciplinas²⁴² deveriam ter sido superados sem grande dificuldade. Em geral, o ambiente acadêmico parecia perfeitamente cotado para iniciar uma escola de Direito e Economia.²⁴³ É quase uma surpresa que Mataja não tenha iniciado um movimento de Direito e Economia comparável àquele que começou nos anos 60 nos Estados Unidos.

A legitimidade dos argumentos econômicos no discurso jurídico nunca foi completamente reconhecida e submetida a um debate entre economistas e juristas. Economistas, como Böhm-Bawerk, apoiavam a abordagem de Mataja e elogiavam seu trabalho como uma importante contribuição para a pesquisa interdisciplinar.²⁴⁴ Carl Menger, um dos pais fundadores da Escola Austríaca de Economia, criticava a atitude conservadora da jurisprudência Savigniana predominante.²⁴⁵ Mesmo alguns juristas, como o irmão de Carl Menger, Anton, um professor de processo civil, reconheceu que a escola histórica da jurisprudência era uma abordagem imprópria para reformas e para discussões sobre políticas.²⁴⁶ Entretanto, a opinião de Anton Menger permaneceu como exceção. Mesmo a maioria daqueles membros da comunidade jurídica que eram a favor

²³⁹ Com relação à revolução marginalista, veja, e.g., Ernesto Screpanti & Stefano Zamagni, *An Outline of the History of Economic Thought* 145 passim (1995); Hovenkamp, nota acima 225, p. 308 et. seq. (argumentando que o marginalismo teve um forte impacto no pensamento jurídico).

²⁴⁰ Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen* 98 (2001). É claro, os detalhes eram principalmente discutidos no discurso jurídico. Ob. cit.

²⁴¹ Winkler, nota acima 24, p. 276.

²⁴² Veja Böhm-Bawerk, nota acima 39, p. 418 passim.

²⁴³ Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* 38 (Nomos 2002) (1906); Böhm-Bawerk, nota acima 39, p. 419.

²⁴⁴ Böhm-Bawerk, nota acima 39, p. 418 passim. Também Emil Steinbach, *Die Rechtsgrundlage, betreffend den Ersatz von Vermögensschaden* 21 *Juristische Blätter* 243, n.1 (1888) elogia o trabalho de Mataja.

²⁴⁵ Cf. T.W. Hutchison, *Some Themes from Investigations into Method*, in John R. Hicks & Wilhelm Weber, *Carl Menger and the Austrian School of Economics* 15, 26-27 (1973).

²⁴⁶ Menger, nota acima 230, p. 5, 10; cf. Hofer, nota acima 240, p. 134.

da preferência de Mataja pela responsabilidade objetiva rejeitava sua abordagem.²⁴⁷ Sem justificativas adicionais, Windscheid, Laband e outros juristas argumentaram que considerações éticas, políticas e econômicas não faziam parte do trabalho de um jurista.²⁴⁸ Mesmo Rumelin, um pensador aparentemente progressista, argumentou sobre Mataja que “toda sua linha de pensamento era mórbida”.²⁴⁹ Da mesma forma, o livro de Erwin Steinitzer de 1908, intitulado de *Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft* (Teoria Econômica da Sociedade por Ações) e outros trabalhos pioneiros de análise econômica tiveram pouca influência, mesmo que Steinitzer, muito como Mataja, tenha antecipado diversas idéias do Direito e Economia moderno. Entre aquelas estavam o problema do principal-agente²⁵⁰ e a perspectiva da companhia como um nexo de contratos.²⁵¹

O declínio do primeiro movimento de Direito e Economia foi atribuído à crescente especialização das ciências sociais e à pluralidade dos métodos econômicos. Alguns argumentavam que a economia como uma disciplina acadêmica estava subdesenvolvida. Aplicando seus “resultados preliminares” ao direito teria levado a um aumento da incerteza.²⁵² É claro, sempre existiram controvérsias no debate jurídico sobre a validade de certos métodos jurídicos da mesma forma que no debate econômico. Além disso, diferentes perspectivas e tradições dentro das academias jurídica e econômica²⁵³ não impediram a evolução da disciplina nos Estados Unidos.

O ponto crítico que explica por que Mataja não iniciou um movimento de Direito e Economia foi o de que o método doutrinário de sua época foi incapaz de integrar idéias econômicas. A metodologia jurídica era fortemente comprometida com a sistematização e com a coerência na interpretação de normas jurídicas. Uma reforma

²⁴⁷ Englard, nota acima 15, p. 187.

²⁴⁸ Bernhard Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, in Paul Oertmann, Bernhard Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* 112 (1904); veja Paul Oertmann, *Windscheid als Jurist*, in Oertmann, *ob. cit.*, p. XXXIII; Wieacker, nota acima 62, p. 431. Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs* (2ª ed. 1888) (argumentando que, mesmo apesar de considerar disciplinas como história, economia, política e filosofia, elas eram irrelevantes para a interpretação jurídica).

²⁴⁹ Rümelin, nota acima 237, p. 7 (1896); cf. Knut W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen* 38 (1988) (argumentando que a economia teve pouca influência na discussão jurídica).

²⁵⁰ Erwin Steinitzer, *Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft* 55 passim (1908).

²⁵¹ *Ob. cit.*, p. 48; compare a pesquisa contemporânea no que diz respeito a “nexo de contratos”, e.g., Michael Jensen & William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 310 (1976).

²⁵² Pearson, nota acima 54, p. 43, 131; Mackaay, nota acima 54, p. 70. Veja também Böhm-Bawerk, nota acima 39, p. 418-19 (argumentando que o fato de que “a economia não era uma disciplina madura” poderia ser um obstáculo à pesquisa interdisciplinar).

²⁵³ Veja Mercurio & Medema, nota acima 60.

que tivesse introduzido uma mudança repentina independente da lei vigente teria exigido uma reconstrução imensa do sistema jurídico para elaborar e estruturar uma nova interpretação coerente de todo o edifício.²⁵⁴ Por exemplo, substituir o padrão de responsabilidade civil subjetiva pela responsabilidade civil objetiva teria tornado um grande número de trabalhos acadêmicos e decisões judiciais obsoletos, e teria exigido a reconstrução de todas as leis baseadas no padrão de responsabilidade civil subjetiva, incluindo regras de culpa concorrente (*contributory negligence*) e culpa “proporcional” (*comparative negligence*)*. Tal reinterpretação teria sido inevitável, na medida em que os juristas acreditavam que a legitimidade das normas jurídicas estava baseada na sua consistência;²⁵⁵ idealmente, nem uma única regra deveria contradizer outra. Consequentemente, alterações baseadas em argumentos econômicos teriam sido encaradas como choques externos ao sistema do formalismo conceitual do século XIX.²⁵⁶ Não surpreendentemente, a proposta de Mataja pela responsabilidade objetiva foi criticada e finalmente rejeitada.²⁵⁷

Essa rejeição “metodológica” era apoiada por fatores políticos. Os acadêmicos de Direito e Economia do final do século XIX, diferentemente do que seus descendentes norte-americanos nos anos 70 tenderam a propor reformas que eram contrárias aos interesses dos tomadores de decisão. Acadêmicos do direito mais progressistas tal como Anton Menfer criticavam o direito por proteger os interesses da classe dominante.²⁵⁸ A pesquisa interdisciplinar era muitas vezes rejeitada por aqueles que preferiam o direito existente.²⁵⁹ Em contraste, uma parte significativa da posterior literatura norte americana

²⁵⁴ Cf. Schäfer & Ott, nota acima 24, p. 52; para um análise crítica desse argumento veja Mattei, nota acima 5, p. 82.

*NT: O direito brasileiro não faz a distinção do direito americano entre *contributory negligence* e *comparative negligence*. Essas são duas modalidades de defesa que podem ser utilizadas quando o agente e a vítima concomitantemente colaboram culposamente para a ocorrência de um dano. A *contributory negligence* permite ao agente se isentar por completo da responsabilização, enquanto que a *comparative negligence* conduz à redução proporcional do *quantum* indenizatório.

²⁵⁵ Wieacker, nota acima 62, p. 401. Compare a luta pelo positivismo jurídico e coerência, e.g., Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* 121 (1969) (argumentando que o juiz deve obedecer rigidamente a lei, mas também sabendo que as leis nem sempre são coerentes).

²⁵⁶ O formalismo conceitual permitia apenas mudanças inerentes ao sistema, em especial através de deduções baseadas em conceitos legais; veja Georg F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Band 1. *Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk* 36 (1841).

²⁵⁷ Rümelin, nota acima 237, p. 6.

²⁵⁸ Menger, nota acima 230, passim (criticando o rascunho do Código Civil Alemão).

²⁵⁹ Grimm, nota acima 42, p. 489. Cf. Wieacker, nota acima 62, p. 442.

sobre Direito e Economia foi dedicada a explicar por que as leis existentes eram ótimas, em parte para legitimar a jurisprudência através de interferências das leis escritas.²⁶⁰

B. Uma Visão Interna da Política e da Interpretação

Diversas críticas têm repetidamente apontado para a marginalização da política na academia jurídica alemã.²⁶¹ Isto é relevante para nossa teoria, pois o Direito e Economia foi um movimento normativo que introduziu o critério político no debate jurídico. Para melhor entender por que a abordagem majoritária não era receptiva a considerações (econômicas) sobre políticas vale a pena olhar para a evolução dos métodos jurídicos. Uma questão central era a auto-referência do discurso jurídico, o que significava que os argumentos para a interpretação e para a política deveriam ser encontrados no direito existente. Essa tradição pode ser encontrada na Escola Histórica de Savigny do século XIX, que propunha tomar os costumes do direito romano antigo como um modelo, e ressurgiu com uma roupagem diferente na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen do século XX.

Enquanto Savigny propunha tornar as considerações sobre políticas dependentes do direito existente, Kelsen argumentava que a política deveria ser inteiramente excluída da “ciência jurídica”.²⁶² À luz do sucesso desses movimentos em países de

²⁶⁰ Essa abordagem é suportada pela teoria de que o *common law* leva à eficiência; Para referências, veja nota acima 205.

²⁶¹ E.g. Luhmann, nota acima 42, p. 11, 193; Ernst Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, *Juristische Wochenschrift* 8 (1920), reimpresso em Albert Foulkes, *Ernst Fuchs - Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, 1973 (criticando que não existe "Gerechtigkeitswissenschaft," i.e., nenhuma disciplina jurídica discutindo justiça); Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft* 201 (1972); Ota Weinberger, *Zur Theorie der Gesetzgebung*, in Johann Mokre & Ota Weinberger, *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* 173 (1976); Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht* 59 passim (1980); Peter Noll, *Gesetzgebungslehre* 9, 14 (1973); Theo Öhlinger, *Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft - Einführung in das Tagungsthema*, in Theo Öhlinger, *Methodik der Gesetzgebung - Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis* 1 (1982); Vladimir Kube, *Theorie der Gesetzgebung* (1987); Markus Lammer, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, in Wolfgang Mantl, *Effizienz der Gesetzesproduktion* 60-61 (1995); Michael Holoubek, *Rechtswissenschaftliche Rechtspolitik? Plädoyer für einen (weiteren) Gegenstand der Rechtswissenschaften*, in Michael Holoubek & Georg Lienbacher, *Rechtspolitik der Zukunft - Zukunft der Rechtspolitik* 13, 18 (1999); Arthus Kaufmann, *Historischer Diskurs*, in Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer & Ulfrid Neumann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 110 passim (2002); Alfred Büllesbach, *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, in Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer & Ulfrid Neumann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 416 (2002). Britta Rehder, *What is Political About Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States*, Discussion Paper (maio de 2007), disponível em <http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/mpifg_dp/dp07-5.pdf>.

²⁶² Veja Kaufmann, nota acima 261, p. 124-25.

língua alemã, a literatura de Direito e Sociedade (*Law & Society*) tem tentado interpretar o direito como um sistema autopoiético que deveria funcionar de forma inteiramente autônoma de outros subsistemas da sociedade.²⁶³ Esse foco na sistematização foi cunhado pela abordagem do direito natural da mesma forma que pela Escola Histórica²⁶⁴ e levou a uma sobre-ênfase sobre a condição de não contradição no direito. Sob essas premissas, não era surpreendente que qualquer reforma tivesse de ser consistente com o direito existente.²⁶⁵

Um desenvolvimento decisivo anterior à Escola Histórica do Direito foi o surgimento do historicismo quase no fim do século XVIII. Johann Gottfried Herder e outros iniciaram a separação das humanidades da filosofia.²⁶⁶ Os fenômenos eram cada vez mais vistos a partir dos seus contextos históricos, discutidos à luz das suas origens e explicados sob a ótica da natureza dinâmica dos movimentos e desenvolvimentos. Pensar historicamente significava se colocar no *Zeitgeist* da respectiva época e entender o problema “de dentro”.²⁶⁷ Enquanto que Leopold Von Ranke contribuiu para a “ciência da história”,²⁶⁸ Friedrich Carl Von Savigny foi o principal defensor de uma “ciência do direito” como uma disciplina independente. Como Herder, Savigny aspirava explicar fenômenos jurídicos como um resultado de seus respectivos contextos históricos, o que estava mais explicitamente expresso no *Volksgeist* (Espírito do Povo).²⁶⁹

A Escola Histórica de Savigny foi a base para a atual abordagem sobre políticas.²⁷⁰ Em seu influente trabalho de 1841, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a Vocação da Nossa Época para Ciência Legislativa e Jurídica) ele argumentou que o *Volksgeist* era uma expressão do direito e deveria ser encontrado no direito romano e não em codificações. Isto era um ataque à abordagem do direito natural que presumia que o direito ideal poderia ser obtido de uma

²⁶³ Veja, e.g., Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (1989).

²⁶⁴ Kaufmann, nota acima 261, p. 82. Wieacker, nota acima 62, p. 372 passim (argumentando que as abordagens da Escola Histórica do Direito e da Direito Natural eram bastante similares quanto a esse respeito).

²⁶⁵ Veja Herget, nota acima 1, p. 104-06, 110 (argumentando que, no sistema alemão, estrutura e coerência eram desproporcionalmente importantes comparando com o pensamento jurídico norte-americano).

²⁶⁶ Veja, e.g., Gunnar Skirbekk & Nils Gilje, *Geschichte der Philosophie Vol II* 552 passim (1987).

²⁶⁷ Johann G. Herder, *Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit* 37 (1774, Suhrkamp 1967) (argumentando que dever-se-ia “adentrar a época específica, a área e a história em geral, e sentir tudo a partir de dentro”).

²⁶⁸ Veja, e.g., Skirbekk & Gilje, nota acima 266, p. 559.

²⁶⁹ Veja Wieacker, nota acima 62, p. 356 (explicando a influência de Herder em Savigny).

²⁷⁰ Büllsbach, nota acima 261, p. 416.

maneira racional, sem considerar a sua evolução histórica.²⁷¹ Da mesma forma, Gustav Von Hugo argumentava que o direito natural era incapaz de oferecer resultados claros e que as políticas deveriam seguir os costumes atuais e passados.²⁷²

De fato, Savigny tinha escrito *Vom Beruf* em reação à obra *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral na Alemanha) de Anton Friedrich Justus Thibaut, que tinha sido publicada no mesmo ano. Thibaut argumentava que o direito deveria sempre ser sábio e independente de costumes atuais e passados. Isso era possível apenas se critérios externos fossem utilizados²⁷³ e, como ele acreditava, era o único caminho para modificar leis injustas. Para Thibaut, o pensamento jurídico convencional da sua época era extremamente conservador na medida em que tentava manter a ordem social e econômica existente.²⁷⁴ Ele criticava o fato de que existiam poucos acadêmicos suficientemente entendidos para escrever tais leis gerais e abstratas.²⁷⁵

A disputa entre Thibaut e Savigny não era muito diferente do ataque de Bentham a Blackstone. Entretanto, critérios externos como a maximização de algum bem intrínseco, não estavam explicitamente mencionados na disputa alemã, e eles eventualmente perderam a importância nas décadas seguintes na medida em que a Escola Histórica de Savigny começou a dominar a cena.

Para Savigny, o direito deveria ser encontrado nos costumes, na academia jurídica e na prática, especialmente nos conceitos do direito romano. Ele argumentava que o direito romano incorporava a verdadeira vontade do povo como um todo. Entretanto, essa interpretação do *Volksgeist* era presumida como independente de movimentos sociais e políticos. Savigny não acreditava que o direito tinha um fim em si mesmo.²⁷⁶ Entretanto, sua abordagem exigia esse pressuposto para permitir trabalhos interpretativos adicionais pelos juristas! Ela negava uma função social e legitimava o

²⁷¹ Friedrich Karl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

²⁷² Wieacker, nota acima 62, p. 379-80. Em relação à posição de Savigny pela abordagem do Direito Natural compare Horst Schroder, *Friedrich Karl von Savigny - Geschichte und Rechtsdenken beim Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland* 257 passim (1984).

²⁷³ Anton F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* 12-13 (1814, reprint Goldbach 1997) (argumentando que normas jurídicas não apenas têm que ser “claras, inequívocas e compreensivas”, mas também devem ser “inteligentes” e “apropriadas”).

²⁷⁴ Ob. cit, p. 58.

²⁷⁵ Ob. cit, p. 38.

²⁷⁶ Savigny, nota acima 271, p. 18 (afirmando explicitamente que o direito não tem um fim em si mesmo).

direito a partir de sua evolução histórica, razão pela qual era inadmissível questionar a sua adequação social. Claramente, critérios não-jurídicos foram necessários para o desenvolvimento inicial da Escola Histórica do Direito; uma vez que essa abordagem passou a ser aceita, critérios externos se tornaram supérfluos.²⁷⁷

Da perspectiva atual, a abordagem de Savigny era estritamente conservadora, no sentido que ela se opunha à mudança e ao progresso.²⁷⁸ De acordo com essa teoria, quaisquer mudanças tinham de ser baseadas na interpretação, o que significava que Savigny atribuía a autoridade para a tomada de decisão à comunidade jurídica, e não a filósofos ou ao governo.²⁷⁹ Essa alocação de poderes foi afirmada pela abordagem de Puchta, que criou um monopólio da comunidade jurídica para interpretar e, dessa forma, para criar o direito.²⁸⁰ No curso do século XIX, a classe de juristas obteve não só a sua própria disciplina, independente da filosofia; mas também desempenhou um importante papel no processo de tomada de decisão através de suas competências interpretativas.

Esta atribuição idiossincrática do importante poder de tomada de decisão aos juristas, tal como introduzida por Savigny e seus seguidores, significava que outras autoridades estavam impedidas de implementar reformas se as mesmas fossem incoerentes com os conceitos existentes.²⁸¹ Essa consequência se relaciona intimamente com o argumento de Savigny de que a codificação e o direito escrito eram uma expressão de poder autoritário e não da vontade do povo.²⁸² Savigny aparentemente acreditava que atribuir os direitos de decisão aos juristas estava na linha dos interesses do povo e que nenhum outro grupo de interesse era mais apropriado como seu representante.²⁸³

²⁷⁷ Grimm, nota acima 42, p. 476-77. Schroder, nota acima 272, p. 215-218 passim (explicando como Savigny suprimiu indagações filosóficas de sua teoria).

²⁷⁸ Veja Wieacker, nota acima 62, p. 383, 385. Cf. Joachim Wege, *Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* 132 passim (1977) (argumentando que o positivismo jurídico é utilizado para manter o *status quo*).

²⁷⁹ Savigny, nota acima 271, p. 7-8 (afirmando explicitamente que de acordo com a sua teoria as pessoas são representadas por juristas). Cf. Wieacker, nota acima 62, p. 392; Dawson, nota acima 62, p. 456-57.

²⁸⁰ Georg F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* (1828, 1837). Wieacker, nota acima 62, p. 399; Grimm, nota acima 42, p. 478 (ambos argumentando que Puchta consolidou o monopólio dos juristas).

²⁸¹ Grimm, nota acima 42, p. 475.

²⁸² Cf. Savigny, nota acima 271, p. 10, 21.

²⁸³ Veja, e.g., Karl Marx & Friedrich Engels, *Die deutsche Ideologie* (1845-46; publicado em 1932); Menger, nota acima 230, p. 12-14; Hermann Kantorowicz, *Savigny and the Historical School of Law*, 53 *L. Q. Rev.* 335 (1937); Reimann, nota acima 62, p. 95, 110. Para uma elaboração extensiva dos componentes políticos da teoria de Savigny veja Schroder, nota acima 272.

Devido à inerente indeterminação do direito, as visões pessoais e morais dos juristas foram no final das contas admitidas no sistema jurídico.²⁸⁴ Para construir e manter o império dos juristas, estes acreditavam (ou pretendiam) basear-se num método objetivo, imparcial que excluía questões políticas. Este era o único caminho para ganhar aceitação como uma autoridade independente nesse período pré-democrático. O presumidamente despolitizado direito foi utilizado para sintetizar o sistema feudal com o sistema capitalista em desenvolvimento.²⁸⁵

Diversos acadêmicos criticavam a Escola Histórica, entre outros, Hegel em seu tratado sobre filosofia do direito de 1821²⁸⁶ e Kirchmann em seu famoso discurso de 1847²⁸⁷. Muito mais tarde, o movimento do Direito Livre atacou os métodos de Savigny²⁸⁸, mas a Escola Histórica já tinha penetrado muito profundamente na comunidade jurídica para mudanças subsequentes serem possíveis.²⁸⁹ Puchta,²⁹⁰ Windscheid,²⁹¹, Gerber,²⁹² e outros defensores dos ramos “Romanista” e “Germanista” da Escola Histórica perpetuaram a abordagem de Savigny que tinha sido inicialmente desenvolvida para o direito privado, mas também aplicada ao direito público.²⁹³ Os seus métodos eram claramente direcionados a reafirmar o direito existente e não a uma reforma.²⁹⁴ Com Puchta, a ênfase sobre as leis dos juristas resultou em uma sempre crescente crença na coerência, na sistematização e no construtivismo.²⁹⁵ A ênfase de Puchta nos termos jurídicos levou a uma separação do direito em relação às

²⁸⁴ Cf. Grimm, nota acima 42, p. 482, 484.

²⁸⁵ Schroder, nota acima 272, p. 221-22, 276.

²⁸⁶ Georg W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* 182-83, § 211 (Felix Meiner 1995) (1821).

²⁸⁷ Julius H.v. Kirchmann, *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1847-48) (argumentando que a exclusão da política da disciplina do direito é uma tristeza); cf. Rudolf Müller-Erbach, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?* 36 (1932); cf. Kersting, *Politik und Recht, Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie* 342 (2000).

²⁸⁸ Veja, e.g., Kantorowicz, nota acima 283, p. 326.

²⁸⁹ Veja Müller-Erbach, nota acima 287, p. 36. Wieacker, nota acima 62, p. 382-83 (explicando o papel de Savigny nesse desenvolvimento); para referências adicionais veja Kantorowicz, nota acima 283, p. 326.

²⁹⁰ Georg F. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten* 29-30, § 16 (Leipzig, 9ª ed. 1863) (1838).

²⁹¹ Bernhard Windscheid, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft, Nord und Süd, Vol IV* 42 passim (1878), reprinted in Oertmann, nota acima 248, p. 66 passim; Eck, *Gedächtnisrede* 17 citado em Oertmann, *Windscheid als Jurist*, nota acima 248, p. XXXI.

²⁹² Carl F. Gerber, *System des deutschen Privatrechts* (1848); Carl F. Gerber, *Gesammelte juristische Abhandlungen* (1872).

²⁹³ Veja, e.g., Carl F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* (1852). Outros defensores foram Laband und Jellinek; veja Alexander Somek, *German legal philosophy and theory in the nineteenth and twentieth century* in Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 347-48 (1999).

²⁹⁴ Grimm, nota acima 42, p. 479 (com referência à Puchta).

²⁹⁵ Ob. cit., p. 478.

circunstâncias sociais,²⁹⁶ algo que Savigny havia previsto que fosse acontecer.²⁹⁷ Mesmo o ramo “Germanista” da Escola Histórica, que estava preocupado com a industrialização do século XIX, amplamente aprovava as ciências sociais como um instrumento independente das consequências sociais.²⁹⁸

Ironicamente, as codificações do começo do século XIX, que foram escritas sob princípios de direito natural, favoreceram essa separação. Elas criaram material jurídico com os quais juristas podiam trabalhar, de forma que os juristas não precisavam se voltar mais para o direito natural para encontrar normas jurídicas.²⁹⁹ Claramente, a presunção era a de que critérios externos seriam empregados através da legislação e, uma vez aceitos, não seriam questionados.³⁰⁰ Novas normas jurídicas poderiam, então, ser criadas dentro dos limites das construções jurídicas. De certo modo, a ciência social do século XIX retornou a um tipo de formalismo semelhante àquele do jusnaturalismo que a precedera e do qual ela fora crítica.³⁰¹ A *Kodifikationsfrage* (a disputa sobre codificação)³⁰² foi levada adiante entre aqueles que eram a favor da codificação e aqueles que eram contra ela, porque uma codificação iria negligenciar a evolução histórica do direito. Essa disputa finalmente se desembarçou, ao menos para Windscheid, codificando o direito historicamente evoluído.³⁰³

Essa separação da ciência jurídica em relação às circunstâncias sociais foi defendida por um arraigado temor anti-conseqüencialista na filosofia alemã, especialmente do Idealismo Alemão. Apesar de o Idealismo Alemão ter se oposto à Escola Histórica, a exclusão de conseqüências sociais era inerente a ambas as escolas.³⁰⁴

²⁹⁶ Puchta, nota acima 256, p. 36-37.

²⁹⁷ Savigny, nota acima 271, p. 18; cf. Herget, nota acima 1, p. 110-11.

²⁹⁸ Grimm, nota acima 42, p. 480 passim (com referência à Gerber).

²⁹⁹ Ob. cit., p. 472.

³⁰⁰ Gerber, System, nota acima 292, p. XI (5ª ed. 1955) (1848). Isto estava intimamente relacionado ao uso decrescente de uma interpretação histórica das normas jurídicas; cf. Dawson, nota acima 62, p. 444-45.

³⁰¹ Wieacker, nota acima 62, p. 372-401 (argumentando que a abordagem do positivismo jurídico e do direito natural tinham uma metodologia similar).

³⁰² Para um breve resumo veja Wieacker, nota acima 62, p. 390 passim.

³⁰³ Veja Windscheid, nota acima 291, p. 75: "São realmente essas as alternativas: A codificação ou os séculos de trabalhos jurídicos ... Nós queremos tanto o código, quanto os séculos de trabalhos jurídicos."; cf. Bernhard Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft*, Greifswalder Universitäts-Festrede (1854), reimpresso em Oertmann, nota acima 248, p. 19. Vale a pena notar que Savigny não era sempre e inteiramente contra codificações, mas ele era estritamente contrário à lei escrita independente da lei já existente. Savigny, nota acima 271, p. 10-11.

³⁰⁴ Com relação à influência da Filosofia Alemã em Savigny, veja Schroder, nota acima 272, p. 215-27, (argumentando, entretanto, que Savigny muitas vezes entendia errado escritos filosóficos). Com relação à influência de Kant e Fichte em Savigny, veja Knut W. Nörr, *Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft*

Kant pensava que o valor moral de algo não poderia ser julgado pelas consequências, mas que existia um valor em si próprio,³⁰⁵ que estava sujeito a um conhecimento pré-empírico e não a um conhecimento empírico.³⁰⁶ O Idealismo Alemão formou a base de escritos influentes do século XX³⁰⁷ e claramente era contrário ao utilitarismo, e então, contrário ao Direito e Economia. O anti-consequencialismo estava apenas lentamente começando a ser desacreditado com Hegel, que utilizou a história para explicar o estado atual das coisas.³⁰⁸ Entretanto, o historicismo era caracterizado pelo idealismo até que Karl Marx e seu materialismo dialético o desafiaram de uma forma que influenciou, mesmo que indiretamente, a discussão jurídica. Este foi marco inicial de uma amplamente difundida ênfase nas consequências das normas jurídicas e da desmistificação do direito – um desenvolvimento que no final das contas levou ao movimento do Direito Livre. Apesar deste desenvolvimento, o utilitarismo não estava ganhando aceitação. Mesmo consequencialistas como Marx criticavam a ética utilitarista por pensarem ser impossível reduzir vontades e desejos humanos a uma simples medida, utilidade.³⁰⁹ Críticos do positivismo jurídico como Scheler e Hartman desenvolveram abordagens baseadas no direito natural e explicitamente se voltaram contra o utilitarismo.³¹⁰ Virtualmente todos os escritos importantes eram baseados em abordagens idealistas e eram claramente antiutilitaristas.³¹¹

in Festschrift für Helmut Coing Vol I 615 passim (1982); cf. Wieacker, nota acima 62, p. 373-74 (argumentando que o trabalho de Kant "Crítica da Razão Pura" foi a base histórica do formalismo, especialmente do positivismo jurídico).

³⁰⁵ Immanuel Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1795): "No domínio dos fins tudo tem ou um preço ou um valor. Qualquer coisa com um preço pode ser substituída por alguma outra coisa como seu equivalente, enquanto que qualquer coisa que está acima de todos os preços e, dessa forma, não admite equivalentes tem valor ... nem a natureza, nem a arte podem fornecer alguma coisa que possa compensar essa falta em você; pois o valor deles não deriva dos efeitos que produzem..."

³⁰⁶ Otfried Hoffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik* 43-44 (1992).

³⁰⁷ Veja, e.g., Nicolai Hartmann, *Ethik* (1926); Rudolf Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte* (1902); Karl Larenz, *Richtiges Recht* (1979). Cf. Kersting, nota acima 287, p. 367 (argumentando que Stammler não entendeu completamente Kant); Nörr, nota acima 249, p. 33.

³⁰⁸ Alfred Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie* 161 (1963) (chamando Hegel de seguidor da Escola Histórica do Direito). Mas cf. nota acima 286, com relação à crítica de Hegel em relação a Savigny.

³⁰⁹ Marx & Engels, nota acima 283, p. 394 et. seq. (argumentando que o utilitarismo é uma "teoria da exploração mútua").

³¹⁰ Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1913-1916), *gesammelte Werke* 2, p. 350 (1954); Hartmann, nota acima 307, p. 79-80. Essas abordagens foram desenvolvidas ainda mais por Coing e outros; Wieacker, nota acima 62, p. 591-92. Para referências adicionais, veja Verdross, nota acima 308, p. 205 passim (argumentando que existe uma atitude anti-hedonista).

³¹¹ Veja, e.g., nota acima 307. Cf. Kersting, nota acima 287, p. 334 passim.

Poucos juristas na região germânica da Europa eram utilitaristas, com Jhering como uma exceção proeminente. Jhering, entretanto, utilizava uma abordagem sociológica, e não econômica, e sua teoria da evolução jurídica utilizava critérios externos de forma apenas limitada. Sob sua teoria, o direito surgia como um resultado de uma disputa na qual o povo devia um dever a si próprio para lutar por seus direitos.³¹² Uma violação de direitos era uma lesão para o senso de justiça de alguém ou para a integridade moral de alguém³¹³. Essa violação, entretanto, Jhering argumentava, não era uma perda de utilidade certa, mas, ao invés, uma violação do conceito do direito como tal.³¹⁴ Apenas em um segundo passo, ele explicou os efeitos dissuasórios de uma norma social que estabelecesse um dever de sancionar desvios de comportamentos.³¹⁵ Tudo isso junto, existia uma clara atitude antiutilitarista que não vinha exclusivamente do Idealismo Alemão.³¹⁶ É uma razão para a rejeição geral do Direito e Economia.

C. O Realismo Jurídico como Elo Perdido?

O Realismo Jurídico norte-americano foi um importante antecedente do Direito e Economia e da sua recepção bem-sucedida no pensamento jurídico. Ele desacreditou os dogmas prevalentes e, então, criou espaço para novos desenvolvimentos. Suas críticas aos métodos jurídicos ensejaram uma demanda por novos critérios de tomada de decisão. Do lado normativo, juízes eram chamados a pensar sobre políticas mais abertamente; do lado positivista, juristas precisavam encontrar ferramentas melhores para prever as conseqüências da lei. Existia um movimento similar na Europa germânica, conhecido como a escola do Direito Livre, que, entretanto, não foi tão bem-sucedido quanto o Realismo Jurídico. O movimento do Direito Livre conseguiu de certa forma sabotar temporariamente o formalismo prevalente,³¹⁷ mas ele finalmente

³¹² Rudolph von Jhering, *Der Kampf ums Recht* 20-46 (23ª ed. 1946).

³¹³ *Ob. cit.*, p. 18.

³¹⁴ *Ob. cit.*, p. 40.

³¹⁵ Jhering, nota acima 312, p. 46 *passim*.

³¹⁶ Anton Hugli & Byung-Chul Han, *Utilitarismus*, in *11 Historisches Wörterbuch der Philosophie* 506 (2001).

³¹⁷ Larenz, nota acima 24, p. 19 *passim*. Cf. Kaufmann, nota acima 261, p. 121 (argumentando que o movimento do Direito Livre era primordialmente dirigido contra a teoria jurídica conceitual). Para um ataque ao conceitualismo, veja, e.g., Eugen Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, *Juristische Blätter* 447 (1888); Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903); Eugen Ehrlich, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, 67 *Jherings Jahrbucher für de Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 1917, 1-80, reimpresso em Manfred Rehbinder, *Eugen Ehrlich: Recht und Leben*

recebeu um golpe mortal do regime Nazista. Na medida em que a *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses) assumiu o legado do formalismo clássico, a pesquisa interdisciplinar teve seu fim. Heck, um dos mais conhecidos defensores dessa escola, explicitamente enfatizava uma visão puramente interna do direito.³¹⁸

O fim do formalismo clássico foi uma consequência da ênfase sobre a função social do direito. Muitos entendiam o direito como um meio para regular e dirigir o comportamento humano e não como um fim em si mesmo.³¹⁹ O movimento do Direito Livre pode ter desacreditado o pensamento jurídico clássico no final das contas, mas conseguiu fazer isso apenas no que diz respeito aos tipos mais extremos de formalismo. O movimento lentamente começou a se desenvolver próximo do fim do século XIX, como uma crítica da teoria da lacuna (*theory of lacunae*)³²⁰ e alcançou seu auge nos anos precedentes à Primeira Guerra Mundial.³²¹ Ao mesmo tempo, o intimamente conectado movimento de Direito e Sociedade³²² (*Law and Society*) criticava o entendimento dominante do direito. O movimento do Direito Livre surgiu de um grupo de discussão de um pequeno grupo de pessoas em torno de Kantorowicz e Radbruch em 1903 e 1904.³²³ Seu nome pode ser encontrado em um discurso dado por Eugene

(1967). Cf. Herget & Wallace, nota acima 85.

³¹⁸ Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* 27 (1932) (argumentando que a *Interessenjurisprudenz* era baseada em fundamentos meramente jurídicos). Cf. Herget, nota acima 1, p. 111 (argumentando que a “tradição escolástica persistiu, mas sob uma nova forma”); Alexander Somek, *From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective*, 42 *Kan. L. Rev.* 759, 763 (1994) (argumentando que “todo ataque à formalidade jurídica parece ter sido silenciado”); no mesmo sentido, Somek, nota acima 293, p. 348.

³¹⁹ Em particular, a obra de Jhering “*Law as a Means to an End*” (1877-83) teve uma grande influência no discurso jurídico. I Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht* 250 (3ª ed. 1893) argumentava. e.g., que o direito não era “o mais sublime no mundo e não tinha um fim em si mesmo”, mas o direito “era um instrumento para um fim, cujo propósito final é a existência de uma sociedade” Cf. Winkler, nota acima 24, p. 262, 276-77. Com relação a Marx, veja Wage, nota acima 278, p. 47 *passim*.

³²⁰ Veja, e.g., Ehrlich, Lücken, nota acima 317, p. 447-630 (argumentando que, devido a profundamente enraizada abordagem ao direito, mudanças na lei apenas eram possíveis por meios de cláusulas de “boa-fé”; *ob. cit.*, p. 112. Veja também Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885). Com relação à crítica do Direito Livre sobre a determinabilidade presumida do direito, veja Dawson, nota acima 62, p. 442-43; veja em geral Luigi Lombardi, *Geschichte des Freirechts* 54 (1967).

³²¹ Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* 43, n.4 (2003) (argumentando que os principais trabalhos da escola do Direito Livre foram escritos entre 1906 e 1915).

³²² Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5ª ed. 1976); Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913).

³²³ Os participantes ao redor de Kantorowicz and Radbruch discutiam escritos de Ehrlich, Savigny e outros; veja Muscheler, *Einführung*, in Hermann Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft VIII (Nomos: 2002 (reprint))*. Cf., discutindo de forma abrangente Kantorowicz, Karlheinz Muscheler, *Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie* (1984). O nome *Freirecht* (Direito Livre) pode ser encontrado em Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*

Ehrlich em 1903.³²⁴ Em 1906, Kantorowicz publicou seu influente livro *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A Luta pela Ciência Jurídica) que foi um ataque direto ao pensamento jurídico clássico.³²⁵ Similarmente ao Realismo Jurídico norte-americano, membros do movimento do Direito Livre entendiam decisões judiciais como atos discricionários, que eram apenas justificados por uma charada de métodos jurídicos depois de a decisão de fato ter sido tomada.³²⁶ Analogias e justificativas para modos de interpretação extensivos e restritivos era considerados como sendo argumentos pseudo-lógicos.³²⁷ A hermenêutica desempenhava um grande papel no sentido que os preconceitos do juiz eram considerados como sendo decisivos para a intuição jurídica e, dessa forma, para o resultado do caso.³²⁸ Acadêmicos do Direito Livre argumentavam que uma interpretação objetiva, assumindo que as normas jurídicas poderiam ter um significado único, era uma impossibilidade. Nas palavras de Ehrlich: “Aquele que fala sempre quer dizer algo diferente do que aquele que escuta entende.”³²⁹ Outros como Kantorowicz atacaram da mesma forma dogmas tais como o objetivismo e a previsibilidade das decisões judiciais.³³⁰ O objetivo primordial de Kantorowicz era explicar a medida de liberdade que os juízes já tinham³³¹ e não, contrariamente aos seus críticos,³³² facilitar decisões arbitrárias.³³³ Dessas idéias, acadêmicos do Direito Livre como Fuchs derivaram uma abordagem do direito baseada em fatos.³³⁴ Além disso, eles encorajavam juristas a se engajarem em trabalhos interdisciplinares.³³⁵

(Leipzig, 1903).

³²⁴ Veja Ehrlich, ob. cit.

³²⁵ Kantorowicz, nota acima 243, Prefácio.

³²⁶ Kriele, nota acima 321, p. 43. Um bom exemplo dessa crítica é Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* 61-62 (1929).

³²⁷ Muscheler, *Einführung*, nota acima 323, p. XVII (sobre Kantorowicz). Kantorowicz, nota acima 243, 35 ele próprio utilizou a expressão “atalhos desonestos”. Veja também Herget, nota acima 1, p. 111; Somek, nota acima 293, p. 348.

³²⁸ Cf. Kaufmann, nota acima 261, p. 122.

³²⁹ Ehrlich, *Rechtsfindung* nota acima 317, p. 207 (criticando a objetividade no direito). Bydlinski, nota acima 19, p. 69 passim é um bom exemplo de como a hermenêutica influenciou os métodos jurídicos contemporâneos.

³³⁰ Kantorowicz, nota acima 243, p. 36-37. Veja também Ernst Fuchs, *Freirechtsschule und Wortstreitgeist*, *Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen* 17 (1918), reimpresso em Foulkes, nota acima 261 (criticando dogmas jurídicos); cf. Kaufmann, nota acima 261, p. 121.

³³¹ Kantorowicz, nota acima 243, p. 35.

³³² Veja, e.g., Heck, nota acima 318, p. 116 passim; veja também Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* 23-24 (2ª ed. 1932) (1912).

³³³ Kantorowicz, nota acima 243, p. 34. Ainda assim, essa crítica foi feita diversas vezes depois do esclarecimento de Kantorowicz, veja especialmente Heck, *Begriffsbildung*, nota acima 318, p. 105, 111; Heck, nota acima 332, p. 22 passim.

³³⁴ Fuchs, nota acima 261, p. 7.

³³⁵ Veja, e.g., Kantorowicz, nota acima 243, p. 38; Fuchs, nota acima 261, p. 7; Karl G. Wurzel,

Anteriormente à Segunda Guerra Mundial, a escola do Direito Livre não era apenas aceita entre acadêmicos,³³⁶ mas também amplamente reconhecida por juízes, incluindo o juiz-presidente da Suprema Corte Austríaca.³³⁷ Alguns até entendiam, contrariamente à antiga tradição, que decisões judiciais tinham o mesmo poder jurídico e validade que uma lei.³³⁸

Hoje, as noções de Direito Livre aparecem muito pouco em manuais reconhecidos de história do direito, resumos jurídicos sobre direito e filosofia,³³⁹ e manuais jurídicos sobre metodologia.³⁴⁰ O declínio e conseqüente queda do movimento foi parcialmente devido a um equívoco sobre suas principais proposições.³⁴¹ Mais importante, acadêmicos do Direito Livre, como Kanttorowicz, foram profissionalmente negligentes. Apesar desses obstáculos, o movimento ainda poderia ter persistido se os Nazistas não tivessem assumido o poder. Devido à origem judaica de alguns dos partidários da escola do Direito Livre,³⁴² essa era muitas vezes sujeita a humilhações.³⁴³ Como resultado do regime nazista, muitos acadêmicos do Direito Livre foram imediatamente suspensos de seus postos, o que levou a um rápido declínio do movimento.³⁴⁴ Ao contrário dos

Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft: Juristisches Denken und Sozialdynamik des Rechts 5-6, 70 (reimpresso em 1991) (1904); Karl G. Wurzel, Die Sozialdynamik des Rechts 182 (reimpresso em 1991) (1924). Veja também Müller-Erbach, nota acima 287, p. 107 (argumentando que o direito societário alemão não contou com as implicações econômicas do capital social pulverizado das companhias abertas, e se referindo ao fracasso da assembléia geral como um órgão tomador de decisões da companhia).

³³⁶ Um trabalho dos anos 20 sobre Direito Livre bastante conhecido inclui Isay, nota acima 326.

³³⁷ Veja Isay, nota acima 326, p. 62 et. seq. para citação dos juristas mencionados. Veja também Nörr, nota acima 249, p. 30 (com referências a decisões). Veja de forma geral a decisão da antiga Corte Federal de Justiça Alemã, Reichsgericht, 27 de junho de 1922, 104 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RGZ] 397 (explicando a função inventiva dos juízes).

³³⁸ Nörr, nota acima 249, p. 30 passim. Cf. Dawson, nota acima 62, p. 432-63 (argumentando que nos anos 20 os tribunais cada vez mais citaram precedentes como resultados da “revolução da jurisprudência”).

³³⁹ Wieacker, nota acima 62; Verdross, nota acima 308; Kaufmann, nota acima 261, p. 1 passim.

³⁴⁰ Bydlinski, nota acima 19, com poucas referências esporádicas; Pawlowski, nota acima 19, p.137 com uma breve referência a Isay. Veja também Larenz, nota acima 24, p. 59-62 (com uma discussão sobre a escola do Direito Livre); entretanto, essa parte está faltando na edição de estudante: Karl Larenz, Methodenlehre - Studienausgabe (2ª ed. 1992).

³⁴¹ Rehbindler, Vorwort, nota acima 317; Muscheler, Einführung, nota acima 323, p. XIII-IX. Bydlinski, nota acima 19, p. 152.

³⁴² Veja Lombardi, nota acima 320, p. 41 (brevemente analisando os ancestrais de alguns dos defensores do Direito Livre). Veja também Nörr, nota acima 249, p. 31.

³⁴³ Veja, e.g., Philipp Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, in 22 Archiv für civilistische Praxis 129, 129-51 (1936) (argumentando que diversos defensores da escola do Direito Livre e da teoria jurídica sociológica eram “não-arianos”. Veja também Foulkes, Vorwort in Foulkes, nota acima 261, p. 9 (discutindo os papéis de Heck e Thiema).

³⁴⁴ Muscheler, Einführung, nota acima 323, p. XXII; Foulkes, Vorwort in Foulkes, nota acima 261, p. 9. Contra Behrends, Von der Freirechtsbewegung zum Ordnungs-und Gestaltungsdenken in Ralf Dreier & Wolfgang Sellert, Recht und Justiz im "Dritten Reich" 34 passim (1989) (argumentando que o movimento do Direito Livre competia com a teoria do direito do regime nazista). Kantorowicz foi

Estados Unidos, não houve tempo para a escola se desenvolver até a Segunda Guerra Mundial. O fato que os métodos jurídicos eram muitas vezes tidos como demonstrando certa continuidade antes e depois da Segunda Guerra Mundial³⁴⁵ não significa que o regime Nazista não tenha tido nenhuma influência. Pelo contrário, ele evitou uma mudança no pensamento jurídico que se desenvolveu em outros lugares, e especialmente nos Estados Unidos.³⁴⁶

Depois da Segunda Guerra Mundial, acadêmicos do Direito Livre, como Radbruch³⁴⁷ e Esser,³⁴⁸, foram bem-sucedidos no debate acadêmico,³⁴⁹, mas foram incapazes de exercer uma influência séria sobre a prática diária do direito.³⁵⁰ Apesar de a escola do Direito Livre ter feito muito para desacreditar o formalismo, o legado do pensamento jurídico clássico foi retomado pela escola da *Interessenjurisprudenz*.³⁵¹ A *Interessenjurisprudenz* afinal era uma escola que utilizava hermenêutica e outras idéias para aperfeiçoar o pensamento jurídico clássico e não para substituí-lo por uma abordagem inteiramente diferente.³⁵² Alguns acadêmicos do Direito Livre atenuavam suas próprias visões, o que parcialmente levou a uma convergência das duas escolas.³⁵³

A queda da escola do Direito Livre foi um fator importante para a aversão atual ao Direito e Economia.³⁵⁴ Se o pensamento jurídico clássico tivesse sido desacreditado e as

suspensão em 13 de abril de 1933; veja Jörn Eckert, Was war die Kieler Schule?, in Franz Jürgen Säcker, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus* 44 (Franz Jürgen Säcker ed., 1992).

³⁴⁵ Ingeborg Maus, *Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus*, in Hubert Rottleuthner, *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 18 ARSP-Beiheft 167, 193 (1983); Ingeborg Maus, "Gesetzesbindung" der Justiz und Struktur der Nationalsozialistischen Rechtsnormen, in Dreier & Sellert, nota acima 344, p. 81.

³⁴⁶ Para uma discussão sobre se a teoria do direito do nazismo era baseada no positivismo ou no direito natural veja Kaufmann, *Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus* in Rottleuthner, nota acima 345, p. 1.

³⁴⁷ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* 161 (9ª ed. 1952) (argumentando que os métodos de interpretação são escolhidos depois de a decisão ter sido tomada).

³⁴⁸ Esser, nota acima 33, p. 7-8 (argumentando que os tribunais não aplicam métodos jurídicos doutrinários, eles apenas os utilizam para justificar suas decisões); cf. ob. cit., p. 14-15, 23-24, 41-42.

³⁴⁹ Veja, e.g., Larenz, nota acima 307, p. 24. Veja também Pawlowski, nota acima 19, p. n.757 passim com referência a Esser, Harenburg e outros.

³⁵⁰ Kaufmann, nota acima 261, p. 82-83; s. auch unten Abschnitt 5.5.

³⁵¹ Herget, nota acima 1, p. 111; nota acima 318. Veja acima todas as críticas de Heck à escola do Direito Livre: Heck, nota acima 318, p. 104 passim; Heck, nota acima 332, p. 23 passim; Heck, nota acima 343, p. 129.

³⁵² Esser, nota acima 33, p. 116.

³⁵³ Heck, nota acima 318, p. 105-06 com referência a Ehrlich; Heck, nota acima 332, p. 25-26 com referência a Kantorowicz (argumentando que o termo "método do Direito Livre" deveria ser abandonado). Cf. Muscheler, *Einführung*, nota acima 323, p. XVII; Karlheinz Muscheler, *Ein Klassiker der Jurisprudenz: "Der Kampf um die Rechtswissenschaft" von Hermann Kantorowicz*, *Neue Juristische Wochenschrift* 567 (2006); veja também Lombardi, nota acima 320 (discutindo a escola do Direito Livre e a *Interessenjurisprudenz* como um movimento).

³⁵⁴ Cf. Somek, Kennedy, nota acima 318, p. 763-64 (defendendo o mesmo argumento com relação à

visões do Direito Livre no que diz respeito à indeterminação do direito tivessem se tornam amplamente aceitas, a demanda por critérios externos para avaliar proposições jurídicas provavelmente teria se desenvolvido.

D. Reprodução na *Interessenjurisprudenz* e na *Wertungsjurisprudenz*

A escola da *Interessenjurisprudenz* e sua sucessora, *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores) formam a base atual para os métodos jurídicos.³⁵⁵ Ambas as abordagens fazem referência a políticas e à legislação como uma parte inferior da ciência jurídica e excluem critérios externos, incluindo a eficiência econômica.

Ao contrário da escola do Direito Livre, que desarmou a inquestionável confiança nas leis, a *Interessenjurisprudenz* restaurou a “fidelidade” nas leis e nos documentos jurídicos em geral. Esse restabelecimento incluiu o desuso de critérios externos e foi um modo de fingir que os juristas eram imparciais – precisamente porque eles estavam apenas interpretando uma dada norma. Heck explicou que a *Interessenjurisprudenz* se distinguia da escola do Direito Livre exatamente por sua confiança na lei.³⁵⁶ Para ele, a conveniência de uma norma era muitas vezes mais importante do que a coerência com o sistema jurídico.³⁵⁷ A escola mais nova da *Wertungsjurisprudenz* teve uma abordagem muito similar na medida em que todos os julgamentos de valores deveriam ser encontrados na lei. Não surpreendentemente, teóricos do direito muitas vezes achavam difícil distinguir entre as duas.³⁵⁸ Isso era justificado na premissa de que a certeza jurídica era mais importante do que a justiça.³⁵⁹

A batalha sobre a herança da *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência de conceitos) resultou em uma aceitação geral das normas sociais como parte dos métodos jurídicos – mas apenas se elas estivessem mencionadas em documentos legislativos.³⁶⁰ A *Interessenjurisprudenz* assumia que os legisladores deveriam solucionar conflitos entre interesses humanos diferentes. Então, qualquer conflito relevante seria referido nos

aversão aos Estudos Jurídicos Críticos).

³⁵⁵ Larenz, nota acima 24, p. 120; Bydlinski, nota acima 19, p. 116-17, 123.

³⁵⁶ Heck, nota acima 318, p. 111, 118; Heck, nota acima 343, p. 144. Veja também Julius Binder, *Bemerkungen zum Methodenstreite in der Privatrechtswissenschaft*, 100 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 82 (1934).

³⁵⁷ Heck, nota acima 318, p. 105; Heck, nota acima 332, p. 5.

³⁵⁸ Grimm, nota acima 42, p. 469 passim; cf. Bydlinski, nota acima 19, p. 123, 126.

³⁵⁹ Kriele, nota acima 321, p. 44.

³⁶⁰ Bydlinski, nota acima 19, p. 114.

documentos explicativos oficiais que acompanham a legislação, isto é, devia ser de alguma forma derivado e reconhecido pelo processo legislativo. Contrariamente à *Begriffsjurisprudenz*, aquela substituíra abstrações conceituais por conflitos de interesse. Entretanto, argumentos sobre políticas e visões morais dos juízes não podiam ser oficialmente mencionados na motivação judicial.³⁶¹ Juízes eram tidos como vinculados às “visões dos legisladores”, ao invés de às suas próprias intuições.³⁶² A academia deveria auxiliar as tomadas de decisão judiciais ao organizar materiais jurídicos e preenchendo lacunas no sistema jurídico.³⁶³

Com essa visão interna do direito, a *Interessenjurisprudenz* foi incapaz de desenvolver uma teoria sobre políticas e legislação. Heck descreveu a “conclusão das normas” recursivamente: o direito como dever ser é parte da interpretação e, dessa forma, é o direito como ele é.³⁶⁴ De acordo com Heck, apenas ferramentas jurídicas eram permitidas na interpretação, a qual deveria ser totalmente independente de visões morais externas.³⁶⁵ Claramente, a *Interessenjurisprudenz* promoveu uma visão construtivista, interna do direito, em grande parte como a *Begriffsjurisprudenz* do século XIX e deixou pouco espaço para estudos interdisciplinares.

Parte dessa abordagem foi a grande ênfase atribuída à coerência. Heck pensava que o intérprete deveria sempre levar em consideração a totalidade do ordenamento ao ler normas jurídicas.³⁶⁶ Qualquer lacuna tinha que ser preenchida de dentro do sistema jurídico com estrita crença nos ordenamentos;³⁶⁷ qualquer critério externo que indicasse uma interpretação diferente, ou propusesse uma leitura diferente, discutivelmente uma mais apropriada, tinha que ser excluída. Não é surpreendente que outras ciências sociais, tais como a história, a filosofia, a sociologia e a economia tenham sido explicitamente excluídas de qualquer exame jurídico.³⁶⁸ Esta visão anti-interdisciplinar prevalece mesmo atualmente.³⁶⁹

³⁶¹ Cf. Bydlinski, nota acima 19, p. 115.

³⁶² Heck, nota acima 332, p. 8.

³⁶³ Heck, nota acima 318, p. 126.

³⁶⁴ Ob. cit., p. 127-28.

³⁶⁵ Ob. cit., p. 28-29.

³⁶⁶ Ob. cit., p. 107.

³⁶⁷ Veja, e.g., ob. cit., p. 111. Cf. Hergert, nota acima 1, p. 115-16.

³⁶⁸ Heck, *Begriffsbildung*, nota acima 318, p. 21.

³⁶⁹ Alexander Somek & Nikolaus Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts* (1996) (atacando ferozmente a educação jurídica contemporânea).

A *Wertungsjurisprudenz* atual retomou a visão interna do direito da *Interessenjurisprudenz*, mas argumentou que uma interpretação “subjéitiva” (originalista) deveria ser substituída por uma interpretação “objetiva”, que é uma interpretação que enfoca os “valores” incorporados aos atos legislativos.³⁷⁰ Defensores da *Wertungsjurisprudenz* argumentam que é possível oferecer um método de interpretação que produz resultados claros e objetivos onde a intenção legislativa não está clara, e, dessa forma, repelir julgamentos de valores pelas cortes.³⁷¹ De acordo com a *Wertungsjurisprudenz*, valores devem ser encontrados nas leis relevantes e não por meio de critérios externos; para esse exame é tido como irrelevante que os julgamentos de valores em uma sociedade pluralista (e então, valores presentes na lei) sejam necessariamente variados.³⁷² Muitos acreditam que a legislação serve como um acordo normatizando valores divergentes.³⁷³ É claro, essa tarefa é otimista demais, pois é impossível determinar os “valores objetivos” de certas leis.

Atualmente, poucos acadêmicos argumentam que a tomada de decisão deve incluir critérios externos, e mesmo que eles argumentem, os critérios não são realmente externos. Por exemplo, Zippelius argumenta no sentido de que se leve em consideração a “ética jurídica de uma comunidade” e as “visões prevalecentes de justiça” que são encontradas na constituição e na completude das normas jurídicas.³⁷⁴ A maioria defende que critérios externos não possam ser utilizados para se interpretar a lei: Pawlowski argumenta que a autoridade de julgamentos apenas pode ser baseada em normas jurídicas.³⁷⁵ Larenz afirma que um jurista tem uma vantagem sobre um especialista em ética porque, diferentemente do especialista em ética, ele está vinculado pelos “valores predeterminados pelo sistema jurídico, pela constituição e pelos padrões jurídicos aceitos de um modo geral”.³⁷⁶ Bydlinski argumenta que todos os critérios utilizados para a tomada de decisão devam ser encontrados nas leis; caso contrário, o direito como tal

³⁷⁰ Bydlinski, nota acima 19, p. 123-24, 127, 131; Larenz, nota acima 24, p. 318. But veja Heck, nota acima 318, p. 96 (mencionando elementos “objetivos”). Veja também Alexander Somek, *Rechtssystem und Republik* 193 passim (1992).

³⁷¹ Bydlinski, nota acima 19, p. 128, 131.

³⁷² Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 329-30 (1996) (discutindo a “função de exoneração” dos métodos jurídicos e os diversos caminhos de justificação interna).

³⁷³ Ob. cit.

³⁷⁴ Veja de forma geral Reinhold Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte* 131 (1962); Reinhold Zippelius *Das Wesen des Rechts* 123 (1965); Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre* 12, 21 (1985).

³⁷⁵ Pawlowski, nota acima 19, p. 95.

³⁷⁶ Larenz, nota acima 24, p. 291; cf. Larenz, nota acima 307, p. 25.

não poderia ser claramente definido.³⁷⁷ Essa visão interna do direito tem influenciado a discussão sobre políticas ao reduzir o conjunto de argumentos para aqueles sistemáticos. Muitos juristas hoje em dia argumentam que o direito deve ser coerente no que se refere a reformas.³⁷⁸ Pelo resto, eles argumentam que o direito deve ser apropriado (*angemessen, sachgerecht*), sem especificações adicionais. Esses termos têm sido utilizados por acadêmicos tanto da *Interressenjurisprudenz*, quanto da *Wertungsjurisprudenz*.³⁷⁹

E. O Fim da Legislação e das Políticas como um Elemento da Ciência Jurídica

A visão interna do direito, defendida pelas escolas da *Interressenjurisprudenz* e da *Wertungsjurisprudenz*, estava mais que aparente na Teoria Pura do Direito de Kelsen; esta última foi um meio para que as primeiras influenciassem um amplo espectro de teorias jurídicas. Enquanto que Savigny argumentava em prol de uma abordagem sob a qual a política estaria baseada no direito vigente, Kelsen queria banir toda forma de política do discurso jurídico. As implicações políticas foram bem diferentes. Durante o pré-democrático século XIX, uma visão interna do direito tinha sido utilizada para manter o direito vigente. Pelo contrário, nas democracias do pós-Primeira Guerra Mundial, uma visão interna do direito era tida como progressiva porque o direito refletiria mais intimamente a vontade do povo incorporada nas leis.³⁸⁰ Para o nosso propósito, entretanto, o efeito foi o mesmo – o Direito e Economia foi rejeitado como uma disciplina jurídica.³⁸¹

Diferentemente de Savigny, Kelsen enfatizava a distinção entre teorias normativas (o direito como deveria ser) e teorias positivas (o direito como ele era). Influenciado

³⁷⁷ Bydlinski, nota acima 19, p. 128 (argumentando que, devido a “necessidade de verificação racional... os padrões jurídicos têm de ser esclarecidos separadamente de outros padrões”).

³⁷⁸ Um bom exemplo é a reforma do novo código comercial austríaco; veja as afirmações disponíveis em <http://www.bmj.gv.at/download/gesetzes/stellungnahmen_hraendg2004.pdf> (acesso em 14 de outubro de 2006).

³⁷⁹ Larenz, nota acima 340, p. 6; Heck, nota acima 332, p. 8. Cf. Nikolaus Forgó & Alexander Somek, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, in Sonja Buckel, Ralph Christensen & Andreas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts* 263, 277 (2006) (argumentando contra um uso dogmático dos termos jurídicos); no mesmo sentido, Somek & Forgó, nota acima 369.

³⁸⁰ Grimm, nota acima 42, p. 491-92.

³⁸¹ Veja Noll, nota acima 5, entretanto, sem referências ao Direito e Economia.

pelo positivismo lógico e pelo Círculo de Filosofia de Viena,³⁸² Kelsen argumentava que teorias normativas não eram científicas e, dessa forma, não possuíam argumentos válidos.³⁸³ A ciência do direito poderia apenas colocar as normas jurídicas em ordem e formar um sistema coerente, mas tinha que se abster de questionar a razoabilidade das normas.³⁸⁴ Como argumentos normativos não eram verificáveis ou falsificáveis, a política era arbitrária.³⁸⁵ Na sua visão, qualquer direito natural era utópico.³⁸⁶

A pureza da teoria de Kelsen era precisamente a exclusão de outras disciplinas.³⁸⁷ Desse modo, um jurista era tido como capaz de tomar decisões imparciais e apolíticas quando interpretando a lei ou decidindo um caso.³⁸⁸ Como um relativista, Kelsen tinha visões morais pessoais, mas ele negava a validade geral destas, ou mesmo a possibilidade de validade geral.³⁸⁹ Não é surpreendente que Kelsen tenha analisado uma variedade de abordagens éticas em seu trabalho *Was ist Gerechtigkeit* (O que é a Justiça?), incluindo o utilitarismo, mas concluído que todas elas são indeterminadas.³⁹⁰ Enquanto que Bentham definia a maximização da felicidade como o objetivo da legislação, Kelsen evitava quaisquer diretrizes ao direito relacionadas a conteúdos.³⁹¹

Para Kelsen, a lei era o resultado de um compromisso político que intérpretes, especialmente juízes, não deveriam desfazer aplicando julgamentos pessoais de valores.³⁹² Naturalmente, isto impede uma discussão aberta sobre política como uma parte da “ciência do direito.”³⁹³ Uma visão interna do direito foi muito bem-vinda pela comunidade jurídica. Primeiro, ela deu aos juristas uma vantagem competitiva sobre acadêmicos de outras disciplinas na tomada de decisão política. Segundo, juristas foram capazes de rejeitar qualquer responsabilidade pelo sistema jurídico na medida em que eles eram vistos como executores passivos e imparciais de uma dada lei.

³⁸² Kaufmann, nota acima 261, p. 124.

³⁸³ Hans Kelsen, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* 64, 70 (1928).

³⁸⁴ Ob. cit., p. 67, 71.

³⁸⁵ Skirbekk & Gilje, nota acima 266, p. 834-35.

³⁸⁶ Kelsen, nota acima 15, p. 43, 52; Kelsen, nota acima 383, p. 68.

³⁸⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* 1 (reimpresso em 2000) (1960) (argumentando que a psicologia, a sociologia, a ética e as ciências políticas deveriam ser excluídas da ciência jurídica); veja também Kelsen, nota acima 15, p. 52.

³⁸⁸ Kelsen, nota acima 15, p. 51-52.

³⁸⁹ Veja, e.g., Kelsen, nota acima 15, p. 52.

³⁹⁰ Veja de forma geral, ob. cit. (discutindo Platão, Aristóteles, Kant, Bentham e outros).

³⁹¹ Veja Lee, nota acima 124, p. 165, 185. Gerald J. Postema, nota acima 122.

³⁹² Kelsen, nota acima 383, p. 67. Cf. Kaufmann, nota acima 261, p. 125; para um breve resumo do passado do positivismo jurídico veja Kriele, nota acima 321, p. 65-74.

³⁹³ Cf. Weinberger, nota acima 261, p. 175.

Essa necessidade de imparcialidade foi consolidada depois da Segunda Guerra Mundial, quando os juristas negaram responsabilidade por interpretarem a lei como ela era dada. Não surpreende que as pessoas tenham argumentado que o positivismo jurídico tinha facilitado perversões grosseiras da justiça sob o regime nazista.³⁹⁴ Radbruch propôs que a lei não deveria ser vinculante quando estivesse em clara contradição à justiça.³⁹⁵ A ressurreição do direito natural no período do pós-guerra levou a uma ressurreição intermitente de uma perspectiva externa do direito,³⁹⁶ mas o movimento não sobreviveu. Logo, a opinião prevalecente sustentava que o positivismo e o não positivismo tinham sido irrelevantes para a filosofia jurídica nazista.³⁹⁷ O principal argumento era o de que o direito nazista combinava abordagens positivistas e não positivistas: A lei aprovada sob o regime tinha sido interpretada de uma maneira estritamente positivista; qualquer lei “pré-revolucionária” tinha sido interpretada de forma ampla, i.e. reinterpretada à luz da ideologia nazista.³⁹⁸ Como resultado, uma crítica ao positivismo jurídico não pode mais invocar com credibilidade o desenvolvimento da filosofia jurídica nazista como argumento.³⁹⁹ A ressurreição do direito natural durou pouco, e muitos voltaram para o que Kaufmann chamou de “neopositivismo”, o qual sob a aparência da *Wertungsjurisprudenz* mais uma vez excluiu critérios externos das disciplinas jurídicas.⁴⁰⁰

³⁹⁴ Veja, e.g., Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), reimpresso em Arthur Kaufmann, 3 *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* 105 (1990); Wilhelm R. Beyer, *Rechtsphilosophische Besinnung* (1947); Helmut Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts* (1947); Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951); Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (2d ed. 1947); Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus: Ein Überblick*, in Hermann Weinkauff & Albrecht Wagner, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus* 17, 28 (1968); Hermann Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1689, 1691 (1960). Cf. Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 657-661 (1958).

³⁹⁵ Radbruch, nota acima 394, p. 83, 89.

³⁹⁶ Kaufmann, nota acima 261, p. 81 *passim*; veja de forma geral Herget, nota acima 1.

³⁹⁷ Kaufmann, nota acima 346, p. 1 *passim*; Vivian G. Curran, *Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law*, 35 *Cornell Int'l. L. J.* 101, 151, n.235 (2001).

³⁹⁸ Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* 148, 176, 239 *passim* (1968) (mencionando diversos exemplos de reinterpretações judiciais de direito privado); Bernd Rüthers, *Recht als Waffe des Unrechts - Juristische Instrumente im Dienst des NS-Rassenwahns*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2825, 2832-33 (1988); veja também Kaufmann, nota acima 346, p. 14-15 (com referência a Carl Schmitt e outros).

³⁹⁹ Cf. Rüthers, nota acima 398, p. 442 *et. seq.* (argumentando que os métodos jurídicos são inadequados *per se* como defesa contra a perversão totalitária do direito).

⁴⁰⁰ Kaufmann, nota acima 261, p. 82-83.

Essa evolução do pensamento jurídico reflete o fato que muitos juristas argumentavam que o seu trabalho era meramente técnico e que sua profissão era apolítica.⁴⁰¹ Este foi provavelmente um fator importante facilitando a reconstrução do direito e das profissões jurídicas depois da Segunda Guerra Mundial.⁴⁰² Estudos críticos, interdisciplinares teriam revelado a função política dos juristas. Não é surpreendente, que uma análise econômica do direito não tenha sido aceita na comunidade jurídica.

VI. Conclusão

Nós explicamos a divergência do pensamento jurídico entre os Estados Unidos e a Europa germânica a partir de uma análise do desenvolvimento do pensamento jurídico clássico, da crítica propagada pelo Realismo Jurídico e da aceitação ou rejeição do utilitarismo. O pensamento jurídico alemão do século XIX era profundamente sistemático e baseado na coerência, o que deixou pouco espaço para mudanças devido a critérios externos como a eficiência econômica. Primeiro, foi argumentado, mais proeminentemente por Savigny, que os costumes representam o direito, tanto como ele é, quanto como ele deveria ser. Segundo, uma vez que estes costumes eram inseridos na lei, o trabalho do jurista poderia focar na interpretação das leis sem questionar se a lei fazia sentido. Isso tornou possível para muitos distinguir entre a política e a mera interpretação, sendo que o principal trabalho do jurista cada vez mais se tornou a última. Essa distinção era fortemente criticada nos Estados Unidos, da mesma forma que em outros países. Nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico descreditou o pensamento jurídico clássico e abriu a academia jurídica para critérios externos. O Realismo Jurídico, dentre outras coisas, argumentava que uma decisão judicial não era determinada meramente pelos precedentes e outros materiais jurídicos, mas era sempre influenciada pelas visões pessoais do juiz. Não surpreendentemente, houve uma demanda por padrões normativos que o Direito e Economia esteve logo pronto para satisfazer. Na Europa germânica, o caso foi similar em um primeiro momento. O movimento do Direito Livre ganhou ampla aceitação nas suas críticas ao conceitualismo

⁴⁰¹ Rüthers, nota acima 398, p. 56; veja também ob. cit., p. 55 (discutindo o papel dos professores ex-nazistas na reconstrução da democracia).

⁴⁰² Veja Rüthers, nota acima 398, p. 56 (argumentando que existiu uma reiterada reinterpretção de grandes partes do direito devido a mudanças de sistemas políticos no século XX).

clássico. Ao contrário dos Estados Unidos, o movimento foi encurtado pela Segunda Guerra Mundial e não foi revivido no período pós-guerra. A opinião prevalecente procurou desenvolver ainda mais o pensamento jurídico clássico ao invés de desacreditá-lo, e excluiu critérios externos de seus exames.

A influente teoria do direito de Kelsen era ainda mais radical a esse respeito e declarava que a política deveria ser completamente excluída da ciência jurídica. A essência dessa visão, que é compartilhada pelas escolas dominantes da teoria do direito alemães, prevalece até hoje e tem consequências profundas para a recepção da análise econômica do direito. Ao longo da história, análises normativas sempre reapareceram de vez em quando. Entretanto, a atitude alemã foi profundamente antiutilitarista e, então, hostil ao Direito e Economia. Diferentemente do caso dos Estados Unidos, na Alemanha uma aversão profunda à ética utilitarista emanou não apenas do Idealismo Alemão, mas também de preocupações materialistas. Caso uma análise política fosse feita, ela teria que incluir alguma coisa diferente do que Direito e Economia.