Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?

Autor(es): Linhares, José Manuel Aroso

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39773>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_14

Accessed : 26-Apr-2023 14:53:52

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

DECISÃO JUDICIAL, REALISMO DE «COMPLEXIDADE» E MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA: UMA CONJUGAÇÃO IMPOSSÍVEL?

As breves notas que se seguem, modestíssima homenagem ao percurso ímpar do Senhor Doutor AVELÃS NUNES, retomam um diálogo com POSNER que tenho persistido em ensaiar ¹. Se a escolha parece óbvia — enquanto nos promete um regresso ao território da *Economic Jurisprudence* e à sua assimi-

¹ Veja-se «A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*», *Boletim da Faculdade de Direito* 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 65-178 (agora também em Alexandre MORAIS DA ROSA / AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009), «Brauchen wir noch eine kritische Rechtstheorie? Ein Konversationsstück mit Posner und Fish», in Bernd SCHÜNE-MANN / Marie-Therese TINNEFELD / Roland WITTMANN (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft — Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, pp. 23-45, «A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito. Um correlato do pretensão de autonomia?», in AVELÃS NUNES / MIRANDA COUTINHO (org.), *O direito e o futuro. O futuro do direito*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 391 e ss. e ainda «A “área aberta” e a “predestinação pragmática”. A análise económica do direito como “teoria compreensiva” (entre outras teorias compreensivas): o desafio e as reformulações de *How Judges Think*», também in MORAIS DA ROSA / AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, cit., pp. 239-275.

lação especialíssima da herança de HOLMES (se não dos caminhos abertos pelos *progressive legal realists*) —, o percurso possível, ao concentrar-se no tratamento da decisão judicial proposto por POSNER em *Reflections on Judging* ², esse mostra-se seguramente menos previsível, na medida de resto em que — num contraponto inevitável com outros tratamentos anteriores (todos eles embora já iluminados pelo chamado *pragmatic turn* ³) — nos obriga a enfrentar uma significativa *inflexão de sentido* (quando não a reconsiderar sinais ou interpretações de sinais já previamente *taken for granted*).

A que *inflexão de sentido* me refiro? Àquela que poderíamos identificar sublinhando o papel relativamente limitado que *Reflections on Judging* concede à pura *análise económica*? Seguramente que não. Rejeitar a tentação de tornar tal análise discretamente auto-subsistente — estimulando assim um *intertwinement* permanente com outras arenas discursivas *exte-riores* ao direito ⁴ — significa na verdade permanecer fiel ao projecto de interdisciplinaridade (de uma «teoria do direito» *sem direito*) que vimos autonomizado em *Frontiers of Legal*

² Monografia publicada em Outubro de 2013: POSNER, *Reflections on Judging*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2013.

³ Tratamentos que concentraria nos núcleos decisivos de *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Frontiers of Legal Theory* (2001) e *How Judges Think* (2008): dos dois primeiros cuidei especialmente em «A unidade dos problemas da jurisdição...», do último em «A “área aberta” e a “predestinação pragmática”...» (ver *supra*, nota 1).

⁴ *Reflections on Judging*, cit., pp. 346-347. Com isto não se exclui a possibilidade-oportunidade de uma *cost-benefit analysis* autonomamente prosseguida — tarefa que, em relação ao comportamento do juiz (e à luz de uma *labor-market theory*) vemos exemplarmente cumprida na obra colectiva *The Behavior of Federal Judges* (publicada em Janeiro de 2013), à qual voltaremos *infra*: Lee EPSTEIN/William M. LANDES/Richard POSNER, *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2013.

Theory (2001) ⁵, como significa também levar a sério a pluralidade de *alternativas de decisão* (vinculada à experiência da *área aberta*) que reconhecemos no esquema *positivo* de *How Judges Think* (2008) ⁶...

A inflexão relevante impõe-se-nos antes e em contrapartida quando nos vemos forçados a concluir que o tratamento da *adjudication* cumprido em *Reflections on Judging* — em plena consonância de resto com a «teoria» do comportamento do juiz (esta sim nuclearmente «económica»!) proposta em *The Behavior of Federal Judges* (2013) — se cumpre sem mobilizar o critério da *maximização da riqueza* (ou mesmo mais do que isso, abstraindo das categorias *valor* e *pretensão de valor* que tornavam possível um tal critério): como se o «realismo» de «complexidade» que ilumina *Reflections on Judging* (explicitamente «corroborado» pelas explicações da *labor economics* desenvolvidas naquela «*theory*» of *behaviour*) tivesse levado POSNER a renunciar à inteligibilidade normativa ou regulativa do *modus operandi* do juiz ou pelo menos a privar esta da *hipótese-conjectura* (racionalmente aglutinadora) com que sempre exemplarmente a beneficiara (*law can best be understood in wealth-maximizing and rent-seeking terms, the former being the domain of common law, the latter of statute law* ⁷); ou mais claramente, como se a especificação-radicalização da viragem pragmática consumada por este realismo — e pelo modelo

⁵ Para compreender o alcance desta *interdisciplinaridade* e do *pragmatic turn* que a alimenta é imprescindível considerar toda a «Introduction» das *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001, 1-27.

⁶ Ver *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008, pp. 9, 11, 15, 28, 35, 46 e ss., 49, 53, 71, 211-212, 217, 237, 242, 253 e ss., 257 e ss., 371-372.

⁷ As fórmulas propostas (entre muitas outras possíveis) são aquelas que correspondem à lição (ao *pragmatic turn*) de *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Oxford University Press, 1993, p. 362.

positivo de um juiz-«participante» (inseparável do seu «mercado de trabalho» e das «motivações» e «constrangimentos» que, como «custos e benefícios», pecuniários e não pecuniários», o determinam ⁸⁾ — tivesse privado a referida hipótese-conjectura do *vigor* (se não *fitness to survive*) que até à presente etapa, sem prejuízo da referida viragem pragmática, sempre exemplarmente a sustentara.

Será assim no entanto? E com que sentido? Imporá tal ausência uma mudança relevante na compreensão da *adjudication*? Para enfrentar estas perguntas (ou pelo menos, para as poder reformular) começarei por recordar o significado do critério da *maximização da riqueza*, concentrando-me embora apenas na sua inteligibilidade metódico-*pragmática* (directamente pensada para tal *adjudication*) e nesta retrospectivamente reconstituída a partir do esquema da *área aberta* [1.]. Procurarei depois esclarecer o alcance com que o diagnóstico de *Reflections on Judging* invoca um «realismo» de «complexidade» (e o confronto deste com uma inesperada recuperação da frente formalista) [2.]. Só depois estarei em condições de perguntar se um tal diagnóstico nos obriga a repensar (e even-

⁸⁾ Nas formulações adoptadas por EPSTEIN, LANDES e POSNER em *The Behavior of Federal Judges*: «Using concepts from labor economics, (...) [our book] models the judge as a participant in a labor market — the judicial labor market — and defends the model against legalist objections. We explain that a judge conceived of as a participant in a labor market can be understood as being motivated and constrained, as other workers are, by costs and benefits both pecuniary and nonpecuniary, but mainly the latter: nonpecuniary costs such as effort, criticism, and workplace tensions, nonpecuniary benefits such as leisure, esteem, influence, self-expression, celebrity (that is, being a public figure), and opportunities for appointment to a higher court; and constrained also by professional and institutional rules and expectations and by a "production function" — the tools and methods that the worker uses in his job and how he uses them...» (*Ibidem*, p. 5)

tualmente a corrigir) o equilíbrio entre intenções *positivas* e *regulativas* que a anterior «teoria da discricionariedade» (iluminada pelo já referido conceito de *área aberta*) parecia sustentar [3.].

1. É hoje comumente reconhecido que a construção do critério da *maximização da riqueza* se cumpre em POSNER mobilizando três etapas distintas ⁹. Com a primeira a corresponder a uma defesa relativamente indiferenciada de *maximizing policies* (sustentada numa justificação ainda acriticamente utilitarista) ¹⁰... e a segunda (cumprida embora em dois momentos ou *degraus* suficientemente distintos) a traduzir a

⁹ «Posner changed his mind twice with regard to moral justification in his theory. From an initial utilitarian defence of wealth-maximizing policies, he turned to a consent-based approach, and then to a pragmatist position...» [PECZENIK, *Scientia Juris* (vol. 4 de Pattaro, ed., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*), Dordrecht/ Heidelberg/ ..., Springer, 2005, p. 61 (convocando a reconstituição de Horacio SPECTOR)]. Ver por todos David CAMPBELL, «Welfare Economics for Capitalists: the Economic Consequences of Judge Posner» (2012), *Cardozo Law Review*, vol. 33 (6), pp. 2233-2274 e muito especialmente Klaus MATHIS, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts* (2004), cit. na trad. *Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of Economic Analysis of Law*, Dordrecht/Heidelberg/ ..., Springer, 2009, pp. 143 e ss. MATHIS distingue quatro fases, autonomizando (separando) precisamente o que, no texto, identifico como os dois degraus da segunda etapa.

¹⁰ Podemos dizer que essa presença acriticamente silenciosa do *utilitarismo* domina a primeira edição de *Economic Analysis of Law* (1972-1973). Uma das frases que desaparece na segunda edição (de 1979) é exemplarmente esta: «Bentham's utilitarianism (...) is another name for economic theory...» [apud Richard L. SCHMALBECK, «The Justice of Economics: An Analysis of Wealth Maximization as a Normative Goal (Review Essay)», *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983, p. 495, nota 30, integralmente disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1789>, extraído em Outubro de 2014].

invenção *in progress* de um autêntico *critério ético (normative ethical principle or norm)* e da *filosofia moral* que o fundamenta...

Que *filosofia moral*? Aquela que, iluminada pela autonomia de uma pretensão de universalidade e prolongada por outras tantas *afirmações de explicabilidade* «corroboráveis», se propõe assimilar selectivamente as heranças de KANT e de BENTHAM, assim mesmo lhes contrapondo um caminho *alternativo*, não menos triunfalmente moderno — capaz de tornar possíveis os fins supremos do *consentimento individual* e da *utilidade* (*wealth maximization as an ethical norm gives weight both to utility, though less heavily than utilitarianism does, and to consent, though perhaps less heavily than Kant himself would have done*¹¹). Importando acrescentar que a construção em dois degraus desta segunda etapa corresponde à conjugação de duas dinâmicas indispensáveis: negativa a primeira, na sua tarefa de rejeição da (até então preservada) «ética hedonística e associal do utilitarismo», positiva a segunda, enquanto defende que o programa de uma «ética» alternativa, dita de «produtividade e de cooperação social»¹², possa (deva!) descobrir-se numa especificação-correcção lograda da herança de PARETO (se não directamente do critério de eficiência de KALDOR e HICKS) — com o *princípio da compensação potencial*, exemplarmente iluminado pela relação entre as compensações *ex ante* e as perdas *ex post*, a impor-se-nos assim legitimado por (se não, circularmente, legitimando) uma especialíssima experiência de «consenso»

¹¹ POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981, p. 98. «Law and Economics represents a fruitful synthesis of the best of utilitarianism and Kantianism»: *ibidem*, pp. 55–60, 60 e ss. («Wealth Maximization as an Ethical Concept»), 88 e ss. («The Consensual Basis of Efficiency»), 107 e ss. («Dworkin's Critique of Wealth Maximization»).

¹² «Wealth maximization is an ethic of productivity and social cooperation — to have a claim on society's goods and services you must be able to offer something that other people value — while utilitarianism is a hedonistic, unsocial ethic...» (*The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 391).

(a experiência de «consenso» de que a promoção do *human welfare* hoje indiscutivelmente precisa ¹³).

Quanto à terceira etapa, é evidentemente aquela que justifica a inflexão de uma «relativização» pragmática (*the justification for such a system, if there is one, is not ethical but pragmatic* ¹⁴): inflexão que, sem prejuízo das heranças invocadas (antes persistindo na identificação destas), nos expõe a uma compreensão deliberadamente livre da fundamentação «filosófica» (e da pretensão de explicabilidade-necessidade, se não de exclusividade) que alimentara a etapa anterior, na mesma medida no entanto em que preserva a inteligibilidade *metódica* do critério correspondente e se mostra assim mesmo capaz de *regulativamente* o oferecer (ou continuar a oferecer) à *decisão judicial*. É esta inteligibilidade *metódico-pragmática* que aqui nos importa ter presente... e de tal modo que a alusão aos recursos que provêm da etapa anterior deva cumprir-se na perspectiva desta ou do equilíbrio que as suas duas componentes constroem. Não certamente por acaso, uma vez que é exactamente a hipertrofia da segunda componente (dita pragmática) que, ameaçando a primeira, parece distinguir *Reflections on Judging*.

1.1. O primeiro esclarecimento relevante diz respeito à categoria *valor* (e/ou *pretensão de valor*) ou mais claramente ao modo como esta categoria, na sua relação constitutiva com o

¹³ «This assumes (...) that efficiency in the Kaldor-Hicks sense — making the pie larger without worrying about how the relative size of the slices changes — is a social value. But in our society it clearly is...» [R. POSNER, «Cost-Benefit Analysis...», in Matthew ADLER / Eric A. POSNER (ed.), *Cost-Benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2001, p. 231].

¹⁴ *Frontiers of Legal Theory*, cit., p. 102.

critério da *maximização da riqueza* — assim sempre enquanto reinvenção explícita da *Kaldor-Hicks efficiency* — se impõe como um denominador comum, tão imprescindível na etapa da fundamentação ética quanto na da justificação pragmática. Para compreender este papel, basta-nos na verdade dar atenção a dois contrapontos: o primeiro (global), alimentado pela relação *preço / valor* (a), o segundo (específico), determinado pela distinção *utilidade / valor* (b).

(a) Global aquele primeiro contraponto, enquanto e na medida em que se constrói mobilizando um dos cânones (fielmente preservados) da Escola de Chicago. Trata-se na verdade de pressupor a distinção *mercados reais / mercado perfeito* ou mais claramente de preservar a *cifra hipotética* de uma representação geral de equilíbrio (*as a perfectly competitive general equilibrium*), contrapondo a experiência efectiva dos *mercados reais* — na contingência das suas práticas e resultados (*as real-world outcomes*) — à perspectiva racionalmente condutora do *mercado perfeito* (esta a iluminar os *constrangimentos* que condicionam aqueles mercados e a denunciar os efeitos que estes produzem, mas também, a reconhecer *normativamente* as alternativas desejáveis).

De pressupor esta distinção em que sentido? Muito simplesmente explorando a relação com a *eficiência* que a competitividade perfeita — ao manifestar-se em processos de troca voluntária tão livres de *custos de transacção* quanto iluminados por um *conhecimento pleno* ¹⁵ — só por si garante. O que, numa palavra, significa reconhecer a dissociação *preço/valor* nos

¹⁵ «In a perfect market no buyer ever pays more than any seller will accept, and no seller accepts less than any buyer will pay...» [George STIGLER, apud Jeanne SCHROEDER, «The End of the Market: a Psychoanalysis of Law and Economics» (1998), *Harvard Law Review*, vol. 112 (2), p. 515, nota 107].

mercados reais e a sua convergência (se não identidade) necessária no mercado perfeito, mas também (*et pour cause*) passar a caracterizar este último invocando uma especial afectação de recursos ou a solução-tendência que lhe corresponde — aquela em que tais recursos passam a ser canalizados para os *maximizadores racionais* que mais os valorizam (*[where] resources tend to gravitate toward their most valuable uses*¹⁶). Caracterização que está longe de ser negligenciável... já que, num processo de distanciação em relação aos *early scholars*, permite conceber a defesa de um mercado auto-suficiente (automaticamente produtivo, na sua liberdade de trocas) apenas como uma finalidade segunda. Para que o primeiro lugar, não menos explicitamente iluminado pela cisão radical entre problemas de acumulação e de distribuição de recursos (pela separação estanque das perspectivas da eficiência e da equidade) — bem como por uma concepção dos sujeitos-indivíduos enquanto maximizadores racionais — passe a ser inequivocamente identificado com o *goal da maximização da riqueza*.

(b) Específico (e decisivo!) o segundo contraponto, enquanto nos restitui aos núcleos da discussão com o *utilitarismo* de BENTHAM e da reinvenção das heranças de PARETO e de KALDOR-HICKS. Trata-se, na verdade, de exigir uma superação lograda do *princípio da utilidade* — que por um lado «demonstre» as suas invencíveis dificuldades de realização e a sua falta de *objectividade* e que por outro lado rejeite o hedonismo cardinal do *greatest happiness or greatest felicity principle*, denunciando o carácter «repulsivo» da sua «lógica» e da institucionalização político-social correspondente (dominada por agregações quantitativas, com inevitáveis sacrifícios do *consentimento*) —, mas trata-se também de exigir que uma tal superação se cumpra sem deslocar o critério da *eficiência* do seu

¹⁶ POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., New York, Aspen Publishers, 2003, p. 9.

território *natural* — o território que uma certa *post-neoclassic* (se não *post-coasian*) *welfare economics* (iluminada pelo *princípio da marginalidade*) inequivocamente lhe atribui.

Trata-se, na verdade, de partir dos enunciados fundadores da *Pareto optimality* e da *Pareto superiority*, exigindo que a relação *utilidade / valor* — e muito especialmente a autonomização do critério que corresponde ao segundo (se o valor pressupõe sempre a *utilidade*, esta não basta na verdade para o determinar!) — possam impor-se-nos por inteiro num processo de comparação-avaliação de duas *situações* ou *estados de coisas* e na sequência potencial que estas alimentam (quando é que um estado de coisas é superior a outro estado de coisas? o que é neste sentido uma *transformação eficiente?*). Se este é o ponto de partida (circunscrevendo implacavelmente as perguntas permitidas), o critério *novo* há-de obter-se porém superando as respostas já ensaiadas, desde logo a de PARETO («um estado *P* é superior a outro estado *Q*, se, e só se, ao verificar-se a transformação de *P* a *Q*, não fica nenhum indivíduo pior do que antes e se verifica que pelo menos um deles, segundo a sua própria concepção de bem-estar, melhora de situação») ¹⁷, mas também a de KALDOR e HICKS («verificando-se sempre perdedores e ganhadores, um estado de coisas é superior a outro se o resultado da transformação que os conexas se traduzir numa compensação social dos perdedores pelos ganhadores») ¹⁸. É na verdade uma reinvenção transformadora deste princípio da compensação potencial (e do degrau que ele representa) que nos conduz à noção de *riqueza*. Bastando-nos aqui e agora recordar que a *riqueza* traduz a «soma de todos os objectos existentes na sociedade que podem ser medidos pelo valor» (*the summation of all the valued objects, both tangible and intangible, in society, weighted by the prices they would command if they were*

¹⁷ *The Economics of Justice*, cit., pp. 54-55, 79, 88 e ss.

¹⁸ *The Economics of Justice*, cit., pp. 91-94.

to be traded in [perfect] markets ¹⁹⁾ e que o *valor* — «monetariamente determinável»... e não obstante tão livre das dificuldades de determinação que afectam a representação-comparação da(s) utilidade(s) ou dos estados de bem-estar (subjectivamente experimentados) ²⁰ quanto das *market failures* que condicionam a fixação do preço (como já sabemos, o valor só corresponde ao preço no mercado competitivo perfeito!) —, esse mede-se *objectivamente* por aquilo que os sujeitos comprometidos numa relação intersubjectiva (*real* ou *hipotética*, *explícita* ou *implícita*) estão *efectivamente* dispostos a (isto é, querem e podem) pagar por um determinado bem ou serviço... ou por aquilo que exigem ou exigiriam para renunciar a este(s)... — decerto porque (a contabilização do) valor implica necessariamente (uma representação da) utilidade (*the willingness to satisfy a need or preference(...) as a basis for the (...) willingness to pay*) mas (a representação da) utilidade não implica necessariamente (uma contabilização do) valor (*the possibility of paying*). Com duas reservas pragmáticas decisivas, justificadas pela experiência da reciprocidade inter-relacional e pela exigência de *autonomia-liberdade* que esta assimila: a primeira a excluir do âmbito de relevância do critério da *maximização da riqueza* as situações hipotéticas em que o bem ou serviço a ser afectado constitui parcela importante do património disponível de um dos sujeitos (*when a good is a large part of the wealth of an individual, the wealth maximizing allocation of the good may be indeterminate* ²¹⁾);

¹⁹ *Frontiers of Legal Theory*, cit., p. 98. Ao dissociar a mobilização da riqueza enquanto critério racional das regras de procedimento que condicionam o «registo monetário» efectivo das suas valorações (*«wealth» is to be understood not in strictly monetary terms*), POSNER responde com êxito a um acervo de objecções internas. Limita-se não obstante a confirmar a condição *instrumental* dos mercados reais (implícita no contraponto preço-real market/valor-ideal market): ou o que é o mesmo, a celebrar a pressuposição (nunca directamente tematizada) do *mercado perfeito* como núcleo teleológico inexcusável.

²⁰ *The Economics of Justice*, cit., p. 70.

²¹ *Frontiers of Legal Theory*, cit., p. 100.

a segunda a autonomizar uma dimensão de consentimento e a legitimá-la como um momento constitutivo indispensável da representação-*contabilização* do valor — a exigir que a vontade (e de certo modo também a possibilidade) de aceitar de um dos sujeitos se imponha como condição de relevância da vontade e possibilidade de pagar do outro sujeito (*willingness to accept rather than willingness to pay as the measure of value when the policy whose costs and benefits of which are being measured takes away propriety rights* ²²). O que não é senão assumir a prevalência do *consenso* (consumado nas transações do mercado) sobre a *coação* (perpetrada á margem deste ou da sua racionalidade).

1.2. O segundo esclarecimento tem já directamente a ver com o papel que o critério da *maximização da riqueza* desempenha numa possível *theory of adjudication*. Para compreendermos este papel — na sua dupla face, positivo-explicativa e regulativa, mas também na sua relação imediata com as soluções de equilíbrio metódica e pragmática —, é indispensável partir de *How Judges Think* (2008), permitindo que o esquema de distribuição que esta reconstituição positiva disponibiliza possa iluminar a proposta metódica de *The Problems of Jurisprudence* (1990). Admitida esta concentração (com as simplificações indispensáveis), podemos dizer que a proposta de POSNER se nos oferece em dois planos complementares.

1.2.1. O primeiro plano parte de uma intenção *positivo-(descritiva)-explicativa* e da pergunta que lhe corresponde: *como é que os juízes efectivamente decidem?* A resposta a ter em conta (incapaz, por sua vez, de evitar algumas especificações regulativas!), essa constrói-se levando a sério uma experiência *paroquialmente* circunscrita (centrada na experiên-

²² *Ibidem*, p. 122.

cia norte-americana), mas também, num plano mais geral, enfrentando um desafio de *pluralidade* — precisamente aquele que resulta da ausência de uma grande teoria *positiva*, *exteriormente* concebida (capaz de assimilar-inscrever num todo coerente a diversidade de elementos e factores mobilizados pelas descrições e explicações do comportamento do juiz). Que resposta é esta? Considerêmo-la no seu núcleo duro, prescindindo dos desenvolvimentos que aquele contexto e que este desafio impõem. Mobilizar tal núcleo é, com efeito, partir do contraponto *casos fáceis / casos difíceis* — mais rigorosamente, do contraponto *casos de rotina / casos duros* (*routine or less important cases versus non routine or tough cases* ²³) —, fazendo convergir com este outros dois binómios — *tratamento jurídico / tratamento não jurídico, aplicação do «direito» / criação discricionária*.

Se este contraponto é recorrentemente mobilizado nos estudos anteriores (como o é decerto a tradição que lhe dá sentido), o certo é que o vemos agora reconhecido como condição delimitadora (e como desafio programático) da teoria positiva *encore à faire...* e então e assim levado a sério como uma autêntica regularidade estrutural (tão evidente quanto aproblemática). Não se trata apenas de confirmar o número limitadíssimo de decisões que «o direito» — ou «o direito» reconduzido a um acervo de materiais *dados* (*convencionalmente* tratados) ... — está afinal em condições de «determinar» ou de determinar satisfatoriamente («*Law*» in *judicial setting is simply the material, in the broadest sense, out of which judges fashion their decisions* ²⁴). Como não se trata apenas de defender que a plausibilidade «pragmática» da opção *formalista* se esgota irrecuperavelmente no tratamento de tais *casos de rotina* — descobrindo neles problemas já *cognitivamente* assimilados pelo sistema (*the routine*

²³ POSNER, *How Judges Think*, cit., pp. 8, 19, 35, 76 e ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 9.

cases are those that can be decided by legalist techniques ²⁵). Trata-se também e muito especialmente de esclarecer o papel que tais *materiais jurídicos* (jurisdicionalmente relevantes) desempenham quando confrontados com todos os outros casos (ditos *difíceis* ou *duros*). Para POSNER estes materiais apresentam-se-nos feridos pela sua própria indeterminação, uma indeterminação que não conseguiremos vencer se nos mantivermos fiéis a uma perspectiva *interna* (imanente à auto-subsistência das suas intenções, critérios ou cânones) ²⁶. Uma tal indeterminação torna-os incapazes de sustentar (orientar) o processo de *tomada de decisão* ou a consumação lograda deste, pelo que os materiais em causa se limitam por assim dizer a enquadrar uma «área aberta» ou uma «lousa vazia» de possibilidades discricionárias (*an open area in which judges have decisional discretion — a blank slate on which to inscribe their decisions — rather than being compelled to a particular decision by «the law»* ²⁷) — uma área do interior da qual se excluem... e que assim entregam a uma contingência holística *exterior* (*nothing in (...) [the judges'] training (...) equips them to deal with non routine cases* ²⁸). Que área aberta (criada pela «incerteza jurídica»)? *The area in which a judge is a legislator* ²⁹. Aquela que a discricionariedade do juiz, sob fogo de intenções e de motivos, de constrangimentos e de estímulos, mas também de modelos operatórios *não jurídicos* — se não invocando modelos de assimilação-organização que (enquanto *teorias compreensivas*) excluem a possibilidade de um direito materialmente autónomo —, se verá constrangida a percorrer... e a vencer ³⁰.

²⁵ *Ibidem*, p. 76.

²⁶ *Ibidem*, pp. 76-77.

²⁷ *Ibidem*, p. 9.

²⁸ *Ibidem*, p. 77.

²⁹ *Ibidem*, p. 15.

³⁰ As conclusões que POSNER entende poder extrair deste quadro (na sua inteligibilidade positivo-explicativa) são as que se seguem. 1) Os materiais jurídicos são indeterminados e oferecem-se-nos como um acervo-*continuum* intencional e prescritivamente indiferenciado (incom-

1.2.2. Admitido esta resposta (e o seu enquadramento global), abre-se uma nova pergunta (esta já por sua vez a exigir uma resposta com componentes positivas e regulativas!): *na área aberta dos casos difíceis, qual é o papel que efectivamente desempenha — e qual é o papel que pode e deve desempenhar* (entenda-se, que *tem de* desempenhar se quiser produzir certos efeitos-resultados *satisfatórios* ou *desejáveis* ³¹) — *a análise económica do direito*?

A nova resposta a ter em conta é por sua vez inequívoca: as construções e propostas desenvolvidas pela *Law and Econo-*

patível com as pretensões de unidade associadas à categoria de inteligibilidade *sistema*). 2) Há um número reduzidíssimo de casos fáceis, sendo estes os únicos que se solucionam lógico-dedutivamente (com o uso exclusivo de materiais jurídicos). 3) Para solucionar os *casos duros*, o juiz opta por uma alternativa de decisão inscrita na (delimitada pela) *área aberta* e fá-lo quase sempre *pragmaticamente*, entenda-se, atendendo aos previsíveis efeitos empíricos dessa alternativa — se quisermos, a estes efeitos iluminados por um programa de fins (seleccionado ou pressuposto), quando não já directamente justificados por uma *teoria compreensiva* (a teoria que o juiz, mais ou menos conscientemente, privilegia, pela qual ao fim e ao cabo «ideologicamente» opta). 4) No que diz respeito ao problema dos tipos de racionalidade, o *modus operandi* do juiz expõe-nos assim a uma alternativa inescapável — desenhada pelas possibilidades da racionalidade *lógico-dedutiva* e pelas exigências da racionalidade *finalística*, as primeiras assimiladas pela «técnica» de *aplicação* do *silogismo subsuntivo*, as segundas reconduzidas à *pragmática-techné* de um teleologismo instrumental-estratégico (a uma *policy-analysis* prosseguida enquanto especificação de alternativas diferenciadas) [Em relação a este último ponto ver *ibidem*, p. 373 e ss.: trata-se na verdade de confirmar a impossibilidade de (autonomizar) um raciocínio prático (global) que se possa dizer *por analogia*, confirmando simultaneamente a impossibilidade de (reivindicar) um raciocínio intrinsecamente jurídico que se nos dirija como uma especificação decisiva do primeiro (*there is nothing to reasoning by analogy*)]

³¹ É muito importante insistir no sentido deste *deve* (*should*) e do *normativo-regulativo* que lhe corresponde: como já sabemos estes não assumem uma inteligibilidade axiológica mas uma identidade operatória ou técnica, justificada por uma desejabilidade pragmática dos efeitos a atingir.

mics Scholarship (ao contrário do que algumas das suas linhas defendem ou defenderam) não estão em condições de nos oferecer a grande teoria *positiva* integradora de que a *área aberta* carece (como não estão em condições de, em geral, imporem uma totalizante *social engineering*). A única caracterização positivo-explicativamente corroborável que podemos oferecer a esta área é, com efeito, como acabámos de ver, aquela que reconhece no «jogo» do *American judge* uma prática e um discurso (se não uma procura) *orientados por consequências* (*imediatas* e *mediatas* ou *sistémicas*, incluindo-se nestas as chamadas consequências *institucionais* ³²). Assim sendo, pode dizer-se que o que a *Law & Economics* nos proporciona é apenas uma *teoria compreensiva* (*comprehensive theory* ³³) entre outras teorias compreensivas ³⁴. Defender esta acentuação

³² Para esclarecer o sentido deste *constrained pragmatism*, ver POSNER, «Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis», *Stanford Law Review*, vol. 54, n.º 4, pp. 737 e ss., mas também e muito especialmente *Overcoming Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995, pp. 1-29 («Pragmatism, Economics, Liberalism»), *Law, Pragmatism, and Democracy*, cit., pp. 59-62, 293 e ss., 323 e ss., 356 e ss. e *How Judges Think*, cit., pp. 238-239, 361-362.

³³ *Ibidem*, pp. 230, 237-238, 324 e ss.

³⁴ Sendo certo que por *teoria compreensiva* se entende uma representação academicamente reflectida (mas nem por isso menos inevitavelmente *unilateral*) do desempenho do julgador que, pondo em jogo intenções condutoras de índole normativa (sustentadas explicita ou implicitamente em diagnósticos *positivos*), se distingue pela ambição de responder *unitária* e *integrantemente* ao problema de «incerteza» da *área aberta* [*Ibidem*, pp. 237e 324]. Mas então uma composição interpretativa *unilateral* (baseada numa determinação selectiva ou na acentuação discursiva de outros tantos elementos-factores) e que simultaneamente nos submete a uma compulsão *integradora*. Notas que nos bastam para sublinhar o carácter *ideológico* (não necessariamente político, muito menos *partisan*, mas *ideológico*, nesta sua unilateralidade selectiva) das representações que tal composição constrói — e o carácter não menos ideológico (no mesmo sentido) da escolha do juiz que a privilegia como método (*a judge's*

significa com efeito restituir o *princípio da maximização da riqueza* a um plano assumidamente *regulativo*. Podemos mesmo dizer que se trata de expor o juiz da *área aberta* ao apelo que um certo *economic analyst of law* (enquanto *external theorist*) lhe dirige e de compreender o que é que significa seguir este apelo.

Que apelo? O de se libertar das pressões dos grupos de interesses (e da competição das pretensões partidárias), para levar a sério um autêntico «interesse público», este catalaxicamente interpretado na perspectiva da maximização da riqueza (*wealth maximization [as](...) a genuine social value and the only one judges are in good position to promote* ³⁵). Se o julgador optar por ouvir as recomendações do *economic analyst* (se entender que estas, com forte probabilidade, propiciam *consequences that he likes*), a sua tarefa há-de cumprir-se reconstituindo (na perspectiva do *mercado competitivo perfeito*) as *pretensões de valor* das partes (tratando-assimilando a *controvérsia* como um contraponto ficcionado de *pretensões de valor*). Ora isto na medida em que — dentro do campo de possibilidades criado pela indeterminação dos materiais jurídicos (possibilidades que serão pragmaticamente mais extensas nas chamadas *common law deci-*

choice to use it to generate outcomes in the open area is an ideological choice) [*Ibidem*, p. 237] —, mas também e ainda para exigir que a discussão da sua aptidão *positiva*, longe de se esgotar num exercício de adequação correspondencial ou na discussão dos enunciados descritivos e explicativos que o sustentam se exponha inevitavelmente a um critério de convergência ou de consenso (empiricamente experimentados) — o critério que, permitindo-nos avaliar o impacto (prático-social) da *policy analysis* recomendada (e da leitura normativa que a sustenta), nos autoriza ainda a perceber se (e até que ponto) as representações ideológicas assim concertadas se distinguem (no todo ou em parte) como mais *consensuais* ou mais *controvertidas*. É que o «consenso reprime o conflito ideológico» (*Ibidem*).

³⁵ *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 359-360. «If judges are failing to maximize wealth, the economic analyst of law will urge them to alter practice or doctrine accordingly...» (*Ibidem*, p. 361).

sions³⁶) — se tratará ao fim e ao cabo de escolher a alternativa de decisão e o contexto de justificação que mais se aproximem de uma solução de *market mimicking*. Para que, na medida do possível, os *legal entitlements* em disputa sejam atribuídos ao *rational maximizer* que mais os valoriza...

Uma vez assegurado este entendimento — clarificada (defendida!) a especificidade regulativa que corresponde à *relação* do *economic analyst* e o do juiz (com o primeiro a recomendar ao segundo uma certa alternativa e o segundo a *decidir se o ouve ou não...* e até que ponto!) —, as portas ficam (sem qualquer contradição) abertas para o diagnóstico (positivo-descritiva) que *How Judges Think* nos propõe, se não mesmo para a mais surpreendente das *afirmações-conjecturas* que este diagnóstico introduz: precisamente aquela que reconhece que os (típicos) «Justices of the U.S. Supreme Court», ou estes enquanto se confrontam com problemas específicos de direito constitucio-

³⁶ Possibilidades que serão pragmaticamente mais *extensas* nas chamadas *common law decisions*? Importa acentuá-lo. Atendendo aos (tipos de) materiais jurídicos hipoteticamente seleccionados pelo julgador, POSNER distingue, com efeito, dois universos *metodicamente* diferenciados: (a) o primeiro (o das *statutory or constitutional decisions*) aberto pela procura e selecção lograda de um critério legislativo (*rule or standard created primarily by the framers of statutes and constitution*) — ou mais rigorosamente, pela exigência de inscrever a resposta-solução no corpo normativo e (ou) domínio problemático correspondente (*statutory law*); (b) o segundo (o das *common law decisions*), determinado pela procura e selecção de um critério jurisprudencial vinculante — e então e assim pela exigência de integrar a resposta-solução encontrada no corpo normativo do *direito dos juizes* (*a body of rules and standards created primarily by judges through their decisions*). Só o primeiro destes universos discursivos (o de um *written law*, a mobilizar um *textual system*) determina uma mediação interpretativa no sentido rigoroso do termo (*interpretation*), impondo ao julgador, para além (se não independentemente) da exigência de respeitar o «acordo de interesses» político-estrategicamente consagrado pela teleologia da *rule-standard*, a exigência também, aqui e agora, de respeitar a autenticidade e auto-subsistência das fórmulas em que aquela vinculação (ou tecido de vinculações) se manifesta. Ver neste sentido *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 247 e ss. (8. «Common Law versus Statute Law»).

nal (o que acontece num número esmagador de casos!) — não obstante um esforço contínuo para ocultar as intenções que os orientam (eventualmente até deles próprios!), não obstante ainda uma permanente atenção às consequências ³⁷... —, se comportam predominantemente como juízes *estritamente* políticos ou pragmático-políticos (num sentido agora *ideológico-político* do termo, ainda que raramente num sentido cruamente *partisan*) ³⁸. Reconhecimento que por sua vez não prejudica uma nova conclusão: precisamente aquela que beneficia a *economic analysis of law* (pelo rigor científico das suas análises e pela resistência corroboradora das suas hipóteses, capazes de se submeterem a um autêntico *trial and error method*) com uma força persuasiva especial. Aquela força que POSNER acentua quando reconhece a especial *conciliabilidade* (*consilience*) do pragmatismo em geral com o discurso económico marginalista, mostrando precisamente que uma tal *consilience* abre as portas a uma muito significativa «convergência contextual» (se não *isomorfismo*) entre usos de linguagem e significações permitidas ³⁹. A mesma convergência *contextual* que o discurso de POSNER vai (aprobematicamente) levando a sério, enquanto admite que a representação dos efeitos da *pragmatic adjudication* se nos exponha privilegiadamente submetida a uma tradução *marginalista*... ou enquanto reconhece que, não certamente por acaso, os domínios jurídicos em que tem sido possível obter soluções mais consensuais são precisamente aqueles em que a *prática judicial típica* se reconduz a uma ponderação *custo/ benefício* especificamente económica ⁴⁰.

³⁷ «Political judges are pragmatists if what drives them is (...) the political consequences of their decisions. (...) Pragmatism remains in play. But it seems that the consequences that the Justices are interested in are mainly political consequences, though they are reluctant to acknowledge this, perhaps even to themselves...» (*How Judges Think*, cit., pp. 269, 375).

³⁸ É a lição do capítulo 10 («The Supreme Court Is a Political Court»): *ibidem*, 269 e ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 242, 245-246.

2. O que é que muda em *Reflections on Judging*? Se *How Judges Think* e *The Behavior of Federal Judges* nos proporcionam reconstituições positivo-explicativas complementares — a primeira exposta como uma grande «teoria» da *discretion*, capaz de convocar uma pluralidade de *discursos de efeitos* e as *alternativas* que estes geram (inscritas num esquema global de *open area*), a segunda concentrada num *modelo* economicamente específico de *mercado de trabalho* (*the judicial labor market*) e a impor assim uma *teoria da decisão judicial* na qual todos os factores e recursos mobilizáveis, invariavelmente tratados como *custos* e *benefícios*, passam (sem prejuízo da sua complexidade) a ser empírico-explicativamente tratados (e estatisticamente testados) como *motivos* e *constrangimentos* do comportamento-*behaviour* do juiz ⁴¹ —, seria de esperar que a proposta de *Reflections on Judging* restabelecesse o equilíbrio, assumindo por inteiro o desafio de uma inteligibilidade normativo-regulativa... e porventura mais do que isso, distinguindo da contabilização global dos custos e benefícios (se não do acervo de *carrots and sticks*!) e da formalização, mais ou menos lograda, da *função da utilidade judicial* (*the judge seeks to maximize his utility subject to a time constraint* ⁴²) — ou do território-patamar em que aquela contabilização e esta função justificadamente se inscrevem — um critério metodicamente rigoroso de *maximização da riqueza*, este explicitamente oferecido como um esquema (entre outros possíveis) de construção da *adjudication* (ou de obtenção-interpretção dos seus materiais) — e que assim mesmo (sem qualquer incompatibilidade) se mostrasse apto a iluminar reflexivamente um território alternativo, com outras condições e

⁴¹ Ver o texto cit. supra, na nota 8. Para um desenvolvimento do modelo ver os mesmos EPSTEIN/ LANDES/ POSNER, *The Behavior of Federal Judges*, cit., pp. 30-48 («The Labor-Market Theory of Judicial Behaviour»).

⁴² *Ibidem*, p. 48.

possibilidades. Nada disto porém acontece. Mais do que reconhecer a tendência para uma expansão indiferenciadora, de resto já diversas vezes anunciada, da categoria *wealth maximization* — um dos sinais mais claros têm-lo decerto em *Overcoming Law* (com a intenção atribuída à categoria em causa a confundir-se com os fins da promoção-facilitação, se não simulação-*mimicking* dos mercados competitivos!) ⁴³ —, trata-se, na verdade, de retomar uma discussão acerca do desempenho do juiz que, não deixando de manter a referência à *área aberta* e de reconhecer a importância (se não *consilience*) da análise económica (e da orientação pelos efeitos que esta especifica) ⁴⁴, parece ter esquecido de vez o critério da maximização da riqueza e as possibilidades pragmático-metodológicas que sempre lhe estiveram associadas.

Será no entanto assim? Pode na verdade tratar-se apenas de uma suspensão, semelhante àquela que as duas reconstruções invocadas, na sua deliberada intenção positivo-explicativa, expressamente justificam. Porventura porque *Reflections on Judging*, sem manifestar-justificar embora tal propósito (e ao contrário do que seria possível esperar das promessas de enquadramento assumidas desde o início do *pragmatic turn*!), se mantém ainda prudentemente na «margem» positiva, como que explorando o filão dos dois estudos anteriores — sem ousar o salto para uma intenção *regulativa*... ou pelo menos sem ousar discutir a possibilidade ou impossibilidade desta intenção, na sua imediata relação com a *adjudication*...

⁴³ *Overcoming Law*, cit., pp. 403 e ss. Não é certamente por acaso que o mesmo *Overcoming Law* nos fornece uma das mais impressionantes antecipações da proposta desenvolvida em *The Behavior of Federal Judges*: refiro-me a «What Do Judges Maximize?», *ibidem*, pp. 109 e ss.

⁴⁴ Ver *infra*, secção 3.

Explorando o filão «positivo»-explicativo... em que termos? Com um contributo autónomo, que valha a pena considerar? Eu diria que o plano-patamar é rigorosamente o mesmo que permite a «teoria» da *discretion* ensaiada em *How Judges Think*, só que se trata agora de o retomar sob a perspectiva condutora (recorrentemente invocada) de um argumento de «complexidade» (e de tal modo que baste uma brevíssima alusão ao esquema da *área aberta* ⁴⁵). É na verdade deste *argumento* que provêm todas as inflexões relevantes. A que *argumento* me refiro? E que inflexões são essas?

O *argumento* em causa constrói-se reconhecendo uma circunstância dominada por crescentes desafios de *especialização* e a impreparação dos juízes (mesmo dos *American common law judges*! ⁴⁶) para enfrentar os casos «complexos» a que tais desafios expõem — casos complexos que já não serão simplesmente os *non routine or tough ones* associados ao esquema da *área aberta*, mas aqueles (de entre estes) que envolvem verdadeiras «interconexões ou interações» *sistémicas* (*a question is complex (...) when it is difficult by virtue of involving a system rather than a monad* ⁴⁷).

«Interconexões» que podem naturalmente ser de dois tipos ou de duas espécies ⁴⁸: *externas*, sempre que abrem os casos a arenas *não jurídicas*, envolvendo os *sistemas* «económico», «político», «ecológico», «ético-religioso» e científico-«tecnológico»... e este

⁴⁵ Veja-se o início do capítulo 4 («Formalism and Realism in Appellate Decision Making»): *Reflections on Judging*, cit., pp. 105 e ss. A alusão expressa à *open area* aparece na p. 106.

⁴⁶ Lembremos o diagnóstico que beneficiava estes juízes com o reconhecimento de uma preparação melhor: POSNER, *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Oxford, 1996, 20-37, 69 e ss., 108-111.

⁴⁷ *Reflections on Judging*, cit., pp. 3, 54-55.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 3-9 («Two Kinds of Complexity»), 14-17 («External versus Internal Complexity»), 54-104 («The Challenge of Complexity»), 351 e ss.

último como um *exemplum* (se não «enquadramento») privilegiado (*much of that (...) external complexity (...) is technological in origin* ⁴⁹); *internas* ou «institucionais» ⁵⁰, se predominantemente geradas por práticas-tendências (ditas) do *sistema jurídico* — aquelas que correspondem à inflação legislativa, à extensão e prolixidade (se não «pobreza de escrita») das fundamentações jurisdicionais e dogmáticas, à multiplicação dos cânones metódicos, ao uso crescentemente esotérico da linguagem-*jargão*, ao agravamento do fosso entre comunidades de juristas ⁵¹. Não sendo preciso acrescentar que os desafios mais *duros* são decerto aqueles nos quais estas duas «espécies» de complexidade, cruzando-se e sobrepondo-se, reciprocamente se estimulam (o problema da prova ⁵², as questões suscitadas pelo multiculturalismo em geral e pelas *policies* de imigração em particular ⁵³)...

⁴⁹ *Ibidem*, p. 352. Ver também pp. 8-9 e sobretudo 71-77 («The Impact of Technology»).

⁵⁰ *Ibidem*, p. 357.

⁵¹ Outras «fontes» de complexidade interna recorrentemente exploradas por POSNER dizem respeito a recursos «paroquialmente» instituídos (que afectam especialmente a *federal adjudication* e que traduzem quase sempre um processo de «burocratização»): a «delegação» de tarefas nos *law clerks* (incluindo-se nestas o esboço, quando não a «correção»-*editing*, em várias instâncias, da *judicial opinion*) — «delegação» que culmina no chamado *Becker model* do *judge as manager* (e na «cultura organizacional» do *managerialism*), modelo ao qual POSNER opõe o dele próprio, dito *the Posner model* do *judge as writer* [*Ibidem*, pp. 238-245 («The Writer Model versus the Manager Model»), 245-248 («Management versus Managerialism»)] —, a expansão (em tamanho) do judiciário (*Ibidem*, p. 17), a «obsessão» com os cânones e exemplos de citação (se não com uma uniformização implacável destes) e o crescimento «hipertrofiado» («metastásico») dos «manuais» e «suplementos» que os «coleccionam» (*Bluebook*, *Blackbook*, *Chicago Manual of Style*) [*Ibidem*, pp. 13, 17, 58, 96-104 («Internal Complexity: The Case of the *Bluebook*»), 248 e ss.].

⁵² *Ibidem*, pp. 15, 60 e ss., 72-73, 123 e ss., 137 e ss., 301 e ss.

⁵³ *Ibidem*, pp. 67, 82, 84.

Passando o discurso a ser tão expressivamente dominado por este *pathos da complexidade*, muda alguma coisa no diagnóstico do papel do juiz e na reflexão que este suscita? À primeira vista, dir-se-ia que muito pouco: como se na verdade se tratasse de retomar o diagnóstico de *How Judges Think*, escolhendo um problema condutor com um impacto mediático indiscutível (o dos juízes a lidarem mal com a actual *complexidade*!) e simultaneamente admitindo que a reflexão correspondente (a de um juiz que escreve uma peça de *extra-judicial writing* ⁵⁴), possa também eficazmente chegar a um auditório *comum* (de *não especialistas*) — o que até certo ponto significa cumprir as promessas (se não a missão), diversas vezes reafirmada(s) e defendida(s), de um *everyday pragmatism* ⁵⁵. Um pouco mais de atenção permite-nos no entanto reconhecer que tal conversão (*couched in ordinary language* ⁵⁶) não se constrói sem introduzir transformações significativas. A começar pela experiência de *falsificação*, pelo menos em parte, de duas das *afirmações de explicabilidade* acima evocadas (inseparáveis do diagnóstico de *How Judges Think*): a *experiência* por um lado que reconhece que o *American judge* é (ou tem-se tornado) mais vulnerável ao formalismo do que uma certa predestinação pragmática nos faria supor ⁵⁷, a *experiência* por outro lado que, reinventando o binómio relativo à dificuldade-complexidade dos casos, admite que há um número apreciável de casos fáceis (*many cases are appealed that can be and are resolved*

⁵⁴ *Ibidem*, pp.10 e ss. A *Introduction* intitula-se mesmo «A Judge on the Challenges to Judges».

⁵⁵ Lembremos apenas a mais elaborada destas defesas: a do cap. I de *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, pp. 24 e ss. («Pragmatism: Philosophical versus Everyday»), 49-56 («Everyday pragmatism»).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 59 e ss., 248 e ss., 254-255.

by conventional legal analysis (...), [i.e. by] legalist methods ⁵⁸). A mais relevante destas inflexões (na medida em que envolve ou enquadra todas as outras) é no entanto seguramente a que passa por uma reformulação do contraponto-«mapping» *realismo/formalismo* e por este enquanto supera (com vantagens retoricamente apreciáveis) alguns *binómios* previamente explorados por POSNER — a saber, aquele que opõe *pragmatic reasoning* à frente heterogénea constituída pelos *formalisms* e pelo *prudentialism* (ou *epistemological traditionalism*) ⁵⁹... e aquele que distingue os discursos da *open area* dos pensamentos que ocupam a frente *juridicista*, uma frente constituída pelos não menos heterogéneos *juridismo(-legalism) de regras* e *juridismo-(legalism) de «concepções»* ⁶⁰ (este último a poder também dizer-se de *regras, direitos e princípios* ⁶¹). Tudo parece na verdade simplificar-se com um regresso à oposição elementar *formalismo / realismo*, regresso que só se torna possível graças a uma expansão (indiferenciadora) dos significantes envolvidos, se não a uma abstracção deliberada das suas complexas tradições.

Trata-se de reconhecer no *formalismo* menos «um *dogma*» do que «uma *tendência*» ⁶² (em «ascensão!» ⁶³) ⁶⁴... e de assim

⁵⁸ *Ibidem*, pp.106 e 122.

⁵⁹ Ver *The Problems of Jurisprudence*, cit., 71 e ss. («Legal reasoning as practical reasoning»), 101 e ss. («Other illustrations of practical reasoning in law»), 423 e ss. («Neotradicionalism»).

⁶⁰ Um *rule-formalism* e um *concept-formalism: How Judges Think*, cit., p. 8, nota 16.

⁶¹ *Ibidem*, 175.

⁶² «So modern formalism is better described as a tendency than as a dogma...» (*Reflections on Judging*, cit., p. 116)

⁶³ «Yet the formalist opinion is in the ascendant...» (*Ibidem*, p. 254). Ver também a nota seguinte.

⁶⁴ Tendência inesperadamente favorecida pelo modelo do *judge manager* e pelas suas teias de «delegação»: «Managerialism has an affinity to formalism. The decision to delegate opinion writing to law clerks

mesmo o poder reconstituir como uma «estratégia» silenciosa de fuga à «complexidade» e de «indiferença à realidade empírica»⁶⁵ do «mundo actual»⁶⁶ (a pretender convencer-nos de que existem «respostas» autónomas *juridicamente* «correctas»⁶⁷).

«Estratégia» que mobilizará recursos-*meios* heterogéneos (alguns surpreendentemente heterodoxos!), oscilando estes (*pluralística*, se não *oportunisticamente*⁶⁸) *por um lado* entre a representação semanticamente descontextualizada (*acontextual*) das palavras (originando verdadeiras corridas aos «dicionários»)⁶⁹ e a convocação de *standards*, de regras de procedimento e de «cânones metódicos» pretensamente *superiores* (*higher-level rules*)⁷⁰ — pressupostos para evitar *legal judgments* discricionários, se não para «ocultar retoricamente» autênticas decisões (ou *splits of decision*)⁷¹ —, *por outro lado* entre a pressuposição *esperada* de

encourages a judge to adopt a formalist conception of the judicial role, since that role facilitates such delegation, given the tendency of law clerks to write formalist opinions (...). Today's typical appellate opinion is more formalist than the typical opinion of a half century ago. The change reflects the growth of managerialism...» (*Ibidem*, pp. 249 e 254).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁶ Se não de rejeição do *ponto de vista externo* atribuível ao cientista social: «The formalist judge is loath to base decision on the theories or empirical findings of social scientists; that would strike him as going “outside” the law...» (*Ibidem*, p. 111).

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 5, 110, 111, 248-255 («The Formalist Opinion»).

⁶⁸ «[N]one of the interpretive theories invoked by judges actually constrains judicial discretion. (...) Judges are interpretive opportunists (...). They invoke textualism, legislative history, the canons of construction, and so forth as rhetorical rather than interpretive tools...» (*Ibidem*, pp. 232-233).

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 87 e ss («the technique (...) [which allows judges] (...) to recast issues in semantic terms»), 179 e ss. («The Spirit Killeth, but the Letter Giveth Life»).

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 111-115.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 5, 45, 115, 126.

um direito-texto objectivamente *dado* (lógico-dedutivamente aplicável aos «factos do «caso»») ⁷² e a assimilação *inesperada* (selectiva embora... e também ela retoricamente disfarçada) de argumentos teleológicos (incluindo estes «referências» à «eficiência» e ao «bem-estar económicos») ⁷³. Sem esquecer por fim a estratégia-táctica mais «completa» (*[t]he escape from empirical reality is then complete* ⁷⁴), forjada pela interpretação constitucional à custa de uma convergência de opções «literalistas» e «historicistas»: aquela que, em nome das exigências de uma interpretação *em abstracto* (e de uma pretensão de superação da *discretion*, se não da celebração da «passividade judicial»), se diz precisamente *textual originalism* ⁷⁵ (*[i]n form, textual originalism is a celebration of judicial passivity; in practice, it is a rhetorical mask of political conservatism* ^{76 77}).

De tal modo que se torne possível sustentar uma compreensão drasticamente amplificada de *realismo*, capaz de cobrir «tudo aquilo que» («na prática e no pensamento jurídicos») não seja ou não possa dizer-se *formalismo*» (*my approach is (...) realistic, in the sense of rejecting formalist approaches to law* ⁷⁸, *legal realism (...) is everything in legal thought and practice that is not*

⁷² *Ibidem*, pp. 106, 109, 178-179 («So all that judges have to do and all they should do (...) is to apply the relevant statutory or constitutional text to the facts of the particular case...»)

⁷³ «Even formalists acknowledge the legitimacy of bringing policy considerations...» (*Ibidem*, p. 115).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 179.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 178-219 (toda a primeira parte do extenso capítulo 7, dedicado precisamente à «Interpretation»).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 179.

⁷⁷ Uma estratégia que, assim reconstruída, se torna inseparável do seu principal defensor: refiro-me evidentemente ao juiz SCALIA — ao «complexifier Scalia» (*Ibidem*, p. 235) —, um dos grandes interlocutores (negativos) destas *Reflections on Judging*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 1.

formalism^{79 80}). De tal modo sobretudo que, deste vasto espectro de realismos possíveis, se distinga aquele que hoje importa potenciar (*realism, the path forward*⁸¹): um assumido anti-formalismo que, impondo-se-nos embora rigorosamente sustentado pelo discurso das ciências sociais empírico-explcativas — mais próximo portanto do legado da *sociological jurisprudence* do que do dos *legal realists* propriamente ditos (*the judiciary needs a return to legal realism, but this time realism with depth, realism grounded in modern analytical and empirical methods, realism that goes beyond the hunch*⁸²) —, não se nos exponha

⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁰ Este entendimento (como que *a preto e branco*) não exclui no entanto a subtileza de correcções ou gradações especificantes. Aquela desde logo que admite justificar *realisticamente* opções formalistas em relação a alguns casos [«Indeed realism includes formalism as a special case — formalism is the realistic approach to many cases...» (*Ibidem*, p. 108)]; aquela também que, no espectro das compreensões-atitudes do juiz (espectro este delimitado pelos pólos do formalismo e realismo extremos), reconhece um vasto território central, significativamente frequentado por *híbridos* [«Most federal court of appeal judges cluster in the central portion of the spectrum, with some leaning toward formalism and others toward realism, but none, or very few, being all one thing or all the other. (...). Most (...) judges (...) are hybrids, even though their realism tends to be hidden by formalist rhetoric (...). [M]ost opinions, even in cases that can be adequately explained only in realist terms, are formalist in style...» (*Ibidem*, pp. 108, 126 e 266)].

⁸¹ É o título da conclusão: *ibidem*, pp. 351 e ss.

⁸² *Ibidem*, p. 353. Para uma demarcação do *novo realismo* em relação ao «“legal realist” movement» ver ainda *ibidem*, pp. 1-2, 5, 6 e ss. Ver ainda muito especialmente (no mesmo sentido, mas com outras especificações relevantes em relação ao contraponto entre realismo como *jurisprudential theory* e realismo como *theory of the judicial behavior*), EPSTEIN/LANDES/POSNER, *The Behavior of Federal Judges*, cit., pp. 2 e ss., 26-30 («Three Concepts of Legal Realism»). «But the school of legal realism lacked both an articulated model of judicial behavior and the data and empirical methodology required to test such a model. These tools are now available, and we build with them in this book, hoping to augment the existing

menos vinculado a um pragmatismo de *common sense* (*understanding interpretation in realistic commonsensical terms* ⁸³) —... e tudo isto sem que a *adjudication* perca a sua identidade como um exercício de escrita, inteiramente compossível com a exigência de integrar (preservar) o discurso jurídico no elenco das *humanidades* (*law must come to terms with modernity but will remain a humanity, and should* ⁸⁴). O que significa ainda pedir ao juiz que se torne consciente das limitações e preconceitos-bias (se não *priors* ⁸⁵) que condicionam a sua tomada de decisão (*a judge must try to be aware of his priors, so that they do not exert an excessive influence on his decision* ⁸⁶)... para enfim chegar a uma compreensão moderada (limitada) da *discrecionalidade* que nessa decisão (enquanto tal) se manifesta.

Uma compreensão da *discretion* que, mostrando-se-nos capaz de rejeitar algumas das mais eloquentes cisões formalistas e os compartimentos estanques que estas defendem (*the realist judge (...) does not draw a sharp line between law and policy, between judging and legislating, and between legal reasoning and common sense* ⁸⁷), se mostre simultaneamente apta a conjugar (equilibrar) três *frentes* de racionalização distintas: (a) aquela que abre o *realist judge* à cadeia infinita dos *efeitos* sociais (ou a esta como uma experiência da *realidade* cientificamente

social-scientific literature on judicial behavior. There is an important difference between traditional legal realism and the concept of realism that shapes our analysis. The traditional realism was, like legalism, a jurisprudential theory — a theory about the legitimacy and character of particular judicial outcomes. It was not a theory of how judicial behavior is shaped by incentives and constraints... » (*Ibidem*, p. 3)

⁸³ *Reflections on Judging*, cit., p. 231.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 355.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 129-130, 131 e ss.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 130.

⁸⁷ *Ibidem*, p.120.

«corroborável») ⁸⁸; (b) aquela que (num exercício de conformação com as «intuições» e as «expectativas» da experiência comum ⁸⁹) estimula este juiz a cultivar a simplicidade e a transparência discursivas de um «estilo impuro» (*without pretense or adornment* ⁹⁰) ⁹¹, quando não a mobilizar o poder das «imagens» ⁹²; (c) *last but not least*, aquela que, mobilizando um contraponto indispensável entre dois tipos de efeitos, entenda-se, autonomizando das *consequências casuisticamente específicas* (*case-specific consequences*) as chamadas *consequências sistêmicas* (*systemic consequences*), obriga o mesmo juiz a atender (também) às segundas e ao «filtro» que estas impõem — sem esquecer que um pragmatismo de *systemic consequences* (pelo menos na sua relevância jurídica) se nos expõe orientado por intenções inacessíveis à experiência comum ⁹³, quando não explicitamente iluminado pelas exigências (normativo-jurídicas

⁸⁸ E assim também *abertura* a uma pluralidade de contextos e aos «tipos de factos» *não convencionais* que (com maior ou menor intensidade) contribuem para «iluminar» ou «colorir» estes contextos (*background facts (...) and/or «coloring book» facts (...), placing the adjudicative facts in an illuminating context*) [*Ibidem*, pp. 6 e ss. («openness to facts»), 130 e ss. («kinds of factual assertions»), 136–143 («types of facts»), pp. 241 e ss. («the “Posner model”»)], bem como a um conjunto de factores extrínsecos (ou pelo menos não intrínsecos) geradores de «ambiguidade» no tratamento dos materiais jurídicos [a propósito do confronto (na interpretação dos contratos) entre *intrinsic ambiguity* e *extrinsic ambiguity*, ver *ibidem*, pp. 214 e ss].

⁸⁹ «The realist judge wants the law to be ground in reality but also to conform as far as possible to lay intuitions (...). It ought to be possible to decide most cases in a way that can be explained in ordinary language and justified as consistent with the expectations of normal people...» (*Ibidem*, pp. 125, 354).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 257.

⁹¹ «Don't be a *jargonista* (...). Pretend to be writing for an intelligent lay audience...» (*Ibidem*, p. 255). Ver também *ibidem*, pp. 4, 247–248, 268 e 354.

⁹² *Ibidem*, pp. 143–148 («Is a Word Really Worth a Thousand Pictures?»).

⁹³ *Ibidem*, p. 122.

e político-sociais) que podemos associar às *rule of law virtues* (previsibilidade, estabilidade, articulação com os operadores dos outros ramos do sistema político-jurídico, racionalização da *discretionariedade*)⁹⁴.

Esta compreensão da *discretion* (e dos desafios associados às tramas de razões que nela convergem) sustenta por sua vez um esperado esforço de *demarcação* (desenvolvido contra outros realismos ou pseudo-realismos⁹⁵), na mesma medida em que autoriza um esquema (ou esboço de esquema) que à primeira vista se diria *regulativo*. Que esquema? Aquele que, na fronteira com as intuições do *common sense* (se não com a pressuposição aproblemática de um certo *doing what comes naturally*)⁹⁶, nos ensina a defender que o juiz se deve assumir como um *interpreter-helper* do legislador sempre que o *legislative purpose* (ainda que apenas como *general aim or thinking*) for «discernível» (*discernible*), impondo-se ele próprio, em contrapar-

⁹⁴ *Ibidem*, p. 5, 122 e ss. «To a pragmatist (...) the expression *rule of law* (...) connotes not legal formalism in the sense of blind conformity to preexisting norms — *ruat caelum ut fiat iustitia* — but a due regard for the political and social value of reasonable certainty, continuity, and predictability of legal rights and duties and so for the circumscription of judicial discretion...» [POSNER, «*Bush v. Gore* as Pragmatic Adjudication», in DWORKIN (ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York, 2002, p. 201].

⁹⁵ Assim mesmo susceptível de distinguir este *common sense realism* das propostas cultivadas pelos herdeiros mais directos do «*legal realist movement* (a começar decerto pelos *Cls' scholars*), bem como de outras abordagens só aparentemente realistas (na verdade não menos profundamente «irrealistas» do que o *textual originalism* que combatem!), estas sim construídas como puros exercícios descontextualizados de «imaginação» (Posner privilegia aqui o exemplo da *America's Unwritten Constitution* de Akhil AMAR): *Reflections on Judging*, cit., pp. 219 e ss. («Dreaming a Constitution»), 339 (uma alusão ao «fiasco» prático-regulativo dos *Crits*).

⁹⁶ *Ibidem*, p. 232.

tida, como *legislador* (*pro tem legislator*) apenas quando tal objectivo não for determinável (ou na medida em que o não seja) e para impor à referida prescrição legislativa um sentido razoável (*some reasonable meaning*)⁹⁷ — o que, como sabemos, não exclui a possibilidade de, nas situações em que esta prescrição for inteiramente clara (*if the statute is clear, fine[!]*)⁹⁸, se mobilizarem logradamente técnicas *formalistas* ⁹⁹!

3. Um esquema que à primeira vista se diria *regulativo*... É nesta acentuação que me parece estar a resposta (ou a possibilidade de resposta) à pergunta que comecei por formular: não se tratando tanto porventura de procurar essa resposta nas soluções propostas — ainda que não seja difícil fazer corresponder estas soluções (na sua generalidade perfunctória) à compreensão da *discrecionalidade limitada* que o *realismo de «complexidade»* exige e assim também às frentes de racionalização (empírico-explicativa, pragmática e sistémico-«jurídica») que nela convergem — quanto de a descobrir na contenção e simplicidade deliberadas com que tais soluções se nos apresentam. Como se, ao fim e ao cabo, se tornasse indispensável sublinhar que não será possível ir mais longe no plano regulativo (e na possível tradução *metódica*)... sem pôr em causa o realismo de que se partiu e o *pragmatismo* de *common sense* que o ilumina!

Interpretation is a natural mental activity, (...) [it] is not necessarily improved by being made self-conscious (...), [i]t is not improved by rules of interpretation ¹⁰⁰. *Judges are unlikely to be persuaded to adopt law professors' conceptions of the judicial role (...) [and]*

⁹⁷ Este esquema resulta da conjugação das propostas das pp. 121 e 234-235.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 234.

⁹⁹ Ver *supra*, nota 80.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 231-232.

find unhelpful to be told they should conform their judicial decisions to this or that concept of judicial legitimacy ¹⁰¹. Assim autonomizadas, estas formulações celebratórias do *doing what comes naturally* aproximam-nos irresistivelmente de FISH! Só não nos aproximam porventura mais, porque o respeito pela «naturalidade» das práticas e dos discursos se cumpre em POSNER inseparável de um elogio da *interdisciplinaridade* ¹⁰² (e neste sentido opondo-se à clausura da *professional correctness* defendida pelo autor de *The Trouble with Principle*). Seja qual for o peso destas (mais ou menos inesperadas) *afinidades*, a desconfiança em relação a uma perspectiva metodológica, confortada pelo apelo à experiência comum (*common sense tells* ¹⁰³...), confere a *Reflections on Judging* uma tinta inconfundível. Não se trata de desconhecer (muito menos de rejeitar!) os contributos que a *legal economic analysis* está em condições de proporcionar à *decisão judicial* ¹⁰⁴ — a presunção de *consilience* que beneficia estes contributos resulta de resto reforçada pela persistência condutora do argumento da complexidade externa! —, mas trata-se já seguramente de impor a esses contributos duas

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 344.

¹⁰² Se quisermos, sempre também levando a sério a defesa da *legal education* que, em tempos de crescente complexidade externa, se mostre à altura de assumir uma tal interdisciplinaridade (e na qual a matemática aplicada, a estatística e a economia... mas também a bioquímica ou algum ramo da engenharia possam estar presentes!): *ibidem*, pp. 344–348 («The Role of Law Schools in Continuing Judicial Education»). Ver também as (no mínimo surpreendentes) alusões à *online education*, pp. 348 e ss. («MOOCs to the Rescue?»).

¹⁰³ *Ibidem*, p. 232.

¹⁰⁴ Não obstante o abismo cada vez maior que separa os juizes dos juristas académicos! Veja-se exemplarmente o diagnóstico da p. 339: «Law professors continue to write about the judicial process (...). But with the exception of economic analysis of law, the current academic literature (...) has less influence on judges than the older literature had on the judges of its era...».

especificações fundamentais. Que especificações? Uma primeira, menos inequivocamente afirmada, cumpre-se no plano geral em que as informações proporcionadas pela *economic view of the cathedral* dizem respeito a elementos da controvérsia *sub judice* ou a componentes dos contextos (se não dos *background facts*) que nela se afirmam: a exemplificação dessas informações proposta em *Reflections on Judging* ¹⁰⁵, predominantemente concentrada nos domínios do direito penal (a herança do *rationale of punishment* de BENTHAM?), remete-nos na verdade para um mundo de experiência comum e para os efeitos empíricos imediatos que este está em condições de absorver, silenciando aquilo que em tais informações se deve ou fica a dever-se às exigências-claims do *equilíbrio competitivo perfeito* ou a um confronto produtivo com estas (quando não permite deslocções de acentuação para o tema dos ambientes institucionais e das *racionalidades vinculadas*) — como se o «filtro» do *common sense* levasse a abordagem realista juridicamente relevante, se não porventura a afastar-se do cânone de Chicago, pelo menos a abster-se de o tematizar, no seu contraponto com os contributos da *New Institutional Economics*... ou mesmo da *Behavioral Law and Economics*! Mais relevante é porém a segunda especificação, na articulação que estabelece com a teoria de decisão esboçada em *The Behavior of the Federal Judges*: é que a desconfiança em relação ao método aparece agora fortalecida pelo filtro da *Labor-Market hypothesis* (ou pela exclusividade deste), quando não *corroborada* pela impossibilidade de preservar a cisão *legislação/jurisdição* ou a distribuição nuclear (entre *rent-seeking* e *acumulação maximizadora* ¹⁰⁶) que as anteriores *conjecturas* defendiam (*the realist judge (...) does not draw a sharp*

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 57 e ss., 62, 63, 68, 69, 70, 73, 103-104, 115 e ss.

¹⁰⁶ Ver *supra*, nota 7.

line between (...) judging and legislating ¹⁰⁷! Conjugadas estas duas especificações (bastaria evidentemente o peso da segunda!), deixa de nos surpreender que o esquema de *constrained discretion* agora proposto nos prive do *modelo regulativo* do juiz maximizador da riqueza.

O que não nos impede de, parafraseando POSNER, concluir com uma pergunta ou sequência de perguntas. E concluir deveras, uma vez que tais perguntas ficam para já, irremediavelmente, sem resposta! Se se pode admitir sem paradoxo que a opção *formalista* constitui, em relação a um número significativo de casos, a abordagem *realista* possível (ou pelo menos a abordagem *mais* realista) ¹⁰⁸, não se poderá (e não se deverá) igualmente admitir que o mesmo *realismo de complexidade* acolha, como outra das suas especificações plausíveis (como outro dos seus *special cases*!) — relevante decerto para *outros* problemas ou *outro* tipo de problemas! —, o critério e (ou) o método da *maximização da riqueza*? Por outras palavras, estará a reconstituição das *pretensões de valor* dos sujeitos-partes e do seu *implícito* mercado perfeito (com a correspondente solução *maximizadora*) em condições de oferecer a certas controvérsias *sub judice* (não obstante o seu *apparent non market-behavior*) o tratamento *pragmaticamente* mais adequado? Ou será que o modelo de *agregação-acumulação* assim regulativo-metodicamente mobilizado — por razões que têm a ver tanto com a máscara do *rational maximizer* quanto com o mundo de *transações sem custos* (ou com as resistências que estas *ficções* analíticas, frequentemente expostas num *cryptic specialized «jargon»* ¹⁰⁹, provocam na *experiência comum*) — se expõe antes e em contrapartida

¹⁰⁷ Ver *supra*, nota 87.

¹⁰⁸ Ver *supra*, nota 80.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 342.

irremissivelmente condenado a uma presunção de *irrealismo*? Uma presunção ilidível? *Common sense tells* ¹¹⁰... POSNER versus POSNER?

Resumo: A maximização da riqueza é o único valor social que os juízes estão em posição adequada de promover. Será que esta conhecida conjectura de Richard Posner, levada a sério não só como uma *análise positiva* mas também como um cânone *normativo* e *regulativo* acerca da decisão judicial, está em condições de sobreviver em confronto com os dados de uma certa *Labor-Market Theory* (a qual trata o juiz como participante do mercado de trabalho judicial) e muito especialmente em confronto com a opção de um certo *realismo jurídico* (sensível aos desafios da complexidade *interna* e *externa* que hoje os tribunais enfrentam) ou ainda em contraponto com a proposta de um modelo de *juiz escritor* (o qual compreende o Direito explicitamente como um domínio das *humanidades*)? Eis a questão que conduz este ensaio, o qual se propõe assim como uma leitura possível de *Reflections on Judging*, a recente monografia de Posner.

Palavras-chave: maximização da riqueza; formalismo jurídico; realismo jurídico; complexidade externa e interna; sentença; Posner; análise económica do direito; pragmatismo.

*Legal adjudication, realism of «complexity»
and wealth maximization. Is this an impossible conjunction?*

Abstract: *Wealth maximization is the only social value that judges are in good position to promote.* Does this well-known conjecture by Richard Posner, seriously taken not only as a *positive analysis* but also as a *normative* or *regulative* canon about legal adjudication, still proves its *fitness to survive* when one considers the data of a certain *Labor-Market Theory* (modeling the judge as a participant in the judicial labor market) and very specially when one defends a certain path of Legal Realism (sensitive to the challenges of *internal and external complexity* that courts face today) and when

¹¹⁰ «Only economic analysis of law has obtained a secure footing in legal practice and in judging, yet though applicable and applied to many fields of law much of the current scholarship is remote from the practical interests that engage judges and practitioners...» (*Ibidem*, p. 340).

one proposes a certain *Writer Model* of judicial opinion (understanding Law explicitly a branch of the *Humanities*?) This is the question that leads this essay, proposed as a possible reading of Posner's recent *Reflections on Judging*.

Keywords: wealth maximization; legal formalism; legal realism; external versus internal complexity; judicial opinion; Posner; law and economics; pragmatism.

José Manuel Aroso Linhares

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra