

Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica

Lenio Luiz Streck

Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (RS) e Universidade Estácio de Sá – UNESA (RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá (CO), Coimbra e Lisboa (PT). Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Procurador de Justiça (RS) aposentado. Advogado. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/0806893389732831>>. *E-mail*: <lenio@unisinos.br>.

Ziel Ferreira Lopes

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CNPq-Br. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – Juazeiro (BA). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da ABDPro. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/7695581459173046>>. *E-mail*: <zf.lopes@hotmail.com>.

William Galle Dietrich

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE – Novo Hamburgo (RS). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da ABDPro. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/1240315589737142>>. *E-mail*: <galledietrich@gmail.com>.

Resumo: Este artigo pretende contribuir para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e os adeptos da Análise Econômica do Direito (AED). Mais especificamente, pretende: esclarecer em que medida a AED é uma teoria cética; responder à acusação de relativismo feita à CHD, identificar qual a real divergência entre CHD e AED; e esboçar algumas notas para um debate produtivo entre diferentes matrizes no direito brasileiro.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito; Análise Econômica do Direito; Ceticismo moral.

Sumário: Introdução – **1** Em que medida a AED é uma teoria cética? – **2** Resposta à crítica feita à *Crítica Hermenêutica do Direito* – **3** A real divergência entre CHD e AED – **4** Notas para um debate entre diferentes matrizes no direito – Considerações finais – Referências

Introdução

Em recente texto no portal eletrônico *Conjur* (STRECK, 2017), a *Crítica Hermenêutica do Direito* (CHD) posicionou-se contra o uso mistificador de algumas teorias na prática jurídica brasileira como, por exemplo, o bayesianismo, o

explanacionismo, a Análise Econômica do Direito (AED) etc. Em meio a isso tudo, lembrou de problemas enfrentados pela AED por conta de sua maneira cética de abordar o fenômeno jurídico, nos termos de um não cognitivismo moral. Tal texto, como aparenta ser uma prática dos dias atuais, foi alvo de leituras levianas tendo como consequência imediata uma série de críticas infundadas.

Com esse pano de fundo, o presente texto pretende esclarecer alguns pontos, especialmente conceitos e terminologias jusfilosóficas empregadas pela CHD que passaram ao largo de ser bem compreendidas.

Entre as várias objeções ofertadas,¹ pode-se mencionar aquelas que sustentaram que (a) a CHD estaria fazendo uma caricatura da AED para poder atacá-la; (b) que a AED não seria uma teoria cética, na medida em que se baseia em rigoroso método científico e que tem conexões com os padrões de objetividade do positivismo; (c) alguns adeptos da AED se filiariam à teoria da verdade como correspondência, motivo pelo qual aparentemente não haveria que se falar em ceticismo de sua parte. Fora isso, apontaram suas críticas contra a CHD, afirmando que (d) esta seria uma “versão dos Critical Legal Studies” e que endossaria uma “teoria discursiva ou retórica da verdade” e; (e) que, com base em um “princípio da seleção natural das ciências”, a Hermenêutica seria irrelevante e a AED seria hegemônica, face a sua adesão em uma perspectiva global.

Há mesmo várias divergências entre CHD e AED sobre verdade, ciência, objetividade e outros temas filosóficos. As referidas escolas trabalham sobre pressupostos completamente distintos, que eventualmente levarão seus adeptos a não reconhecerem a validade da produção científica uns dos outros. Não se trata de um debate fácil e isso não deve ser contemporizado. Apenas discorda-se que o debate seja esse, tal como colocado por alguns representantes brasileiros da AED, na medida em que não parece ter havido descaracterização da AED no texto publicado no portal eletrônico *Conjur*, havendo sentido para que seja considerada uma teoria moralmente cética, o que faz com que a crítica da *Crítica Hermenêutica do Direito* seja, se não aceita por seus rivais, ao menos inteligível a todos. No mesmo sentido, também não aparenta ser um monumento à coerência as críticas dirigidas à *Crítica Hermenêutica do Direito*.

Dessa forma, o objetivo do presente ensaio se limita ao esclarecimento das terminologias empregadas por ambas as teorias, de modo que aqueles que possuem o genuíno interesse em compreender o lugar paradigmático da discussão

¹ Não se mencionará um autor específico da escola brasileira da AED, mormente em face do caráter difuso das críticas e da ausência de textos científicos publicados sobre os temas debatidos por aqueles que criticaram a CHD. Ademais, tais críticas serão tomadas aqui como meros pontos de partida para nossa discussão. Seguindo uma antiga tradição de debates intelectuais, enfrentaremos todas as críticas como se pertencentes a um único interlocutor inominado, tentando ler seus argumentos da forma mais poderosa possível.

encontrem, aqui, explicações em nível acadêmico. Assim, espera-se superar o polemismo (improdutivo) com que têm se portado alguns daqueles que se propõem a falar sobre Direito e Economia no Brasil.

Longe de ser uma questão incidental a esse texto, as condições do debate científico e sua intervenção no debate público ocupam aqui o centro de nossas preocupações. Considerando as reformas sensíveis por que o país vem passando no tema — tensionando as relações entre Direito e Economia — e considerando o papel que a academia é chamada a desempenhar nesse contexto, dedicaremos um tópico de encerramento sobre as condições para um debate produtivo entre diferentes matrizes jurídicas.

1 Em que medida a AED é uma teoria cética?

Ao dizer que não entendem porque a AED foi acusada de ser uma teoria cética, seus representantes argumentaram que ela busca critérios rigorosos de cientificidade, ressaltando que, “se há ceticismo, é aquele inerente a qualquer atividade científica”. Ao se falar em ceticismo no portal eletrônico *Conjur*, certamente não se reprovava aqui a atitude questionadora e crítica que move qualquer cientista, tampouco se imputava à AED um ceticismo extremo e global (pirrônico). Pelo contrário, pontuava logo de início que se tratava de “ceticismo moral”, isto é, a impossibilidade de se dizer que algo é bom/mau, certo/errado, justo/injusto sem apelo a fatores unicamente contingenciais.

Ora, isso não é novidade entre os críticos da AED, tendo motivado as principais objeções de Dworkin. Também não é novidade entre os defensores da AED, como o próprio Posner, que reivindica esse ceticismo moral e chega a desenvolver uma combativa postura antiteórica, numa radicalização pragmática.² Apesar de desconsiderar esta categoria fundamental para a compreensão da crítica proposta pela *CHD*, representantes da AED reclamaram da falta de detalhamento dado ao consequencialismo da AED, sua diferença em relação ao utilitarismo, a existência de diversos tipos de utilitarismo etc. Ora, os pressupostos assumidos pela AED em suas diferentes fases e vertentes estão longe de ser consensuais, o que não poderia ser abarcado por uma crítica de passagem. Nesse ponto, o detalhamento sequer parece necessário para a consistência da crítica principal, que é paradigmática e filosófica. Mesmo que a AED trabalhe com um cálculo mais englobante de custos e benefícios, para além de dinheiro, permanece como um não cognitivismo

² “To summarize, I embrace a version of moral relativism, reject ambitious moral particularism, accept the descriptive accuracy (but not the normative authority) of moral pluralism, and accept diluted versions of moral subjectivism, *moral skepticism*, and *noncognitivism*” (grifamos) (POSNER, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 12).

moral; continua não havendo diferença substancial entre direitos e metas sociais, princípio e política, justiça e alocação eficiente (ou qualquer outra coisa que não chega a ser propriamente justiça). Mesmo fora da tradição hermenêutica, a maioria dos filósofos morais (senão todos) classificaria a AED nesse espectro do não cognitivismo.

O ponto fundamental, contudo, parece ser o fato de que surpreendentemente as críticas feitas pelos arautos brasileiros da AED ao emprego do termo “ceticismo” demonstram desconhecer — ou pelo menos desconsiderar — a diferença (ainda que meramente didática) entre razão teórica e razão prática. A constatação de tal problema advém do fato de que uma das maiores críticas contra o texto publicado no portal eletrônico *Conjur* foi no sentido de que, por alguns adeptos da AED se autodeclararem como adeptos da teoria aristotélica da verdade como correspondência, não haveria que se falar em ceticismo de sua parte. Ocorre que tal afirmação não tem nenhuma conexão com o ceticismo moral que foi levantado.

Sabe-se que, contrapondo o intelectualismo socrático-platônico, Aristóteles segregou a ética como uma matéria autônoma frente à metafísica. Para Aristóteles, seria um equívoco equiparar a virtude ao saber, de forma que no âmbito da virtude, vale dizer, da filosofia prática, não haveria uma exatidão de nível matemático (GADAMER, 2015, pp. 411 e ss.). A consequência lógica disso é que não deveriam ser equiparadas as questões da ordem do *ser* com as questões de ordem de *dever-ser*, implicando na ainda atual — e contestada³ — diferença entre razão teórica e razão prática.

Dessa forma, quando se diz que a AED é uma teoria cética, não se está dizendo que não acreditam em verdades no plano epistemológico. Por outro lado, se está dizendo que os seus critérios éticos de valoração são totalmente contingenciais, vale dizer, são dependentes de aspectos meramente empíricos. Não existe, para a AED, nenhuma espécie de valor transcendente. Isso parece ser o fio condutor das teorias do Direito anglo-saxãs, pois todas decorrem de sofisticações e constructos pautados no empirismo cético de David Hume.

Ora, David Hume, procurando refutar a escolástica e o racionalismo, propôs em seu *Tratado da Natureza Humana* uma crítica com o claro intento de romper

³ Para citar, entre tantos, um autor filiado à filosofia hermenêutica, observe-se a lição de Ernildo Stein: “Quando se coloca a questão de Heidegger depois, esta questão está resolvida. Nós como que estamos sentados sobre o mundo da vida. Não aceitamos a distinção entre razão e a prática, entre razão teórica e razão prática. Simplesmente porque, como seres históricos, é aí que Heidegger complementa, como seres históricos, temos a racionalidade não puramente isolada do aparelho cognitivo. E a racionalidade não puramente isolada do aparelho cognitivo. E a racionalidade do nosso modo de nos comportarmos no mundo. Então, não há primeiro uma teoria da racionalidade e depois uma da racionalidade prática, mas nosso modo de nos comportar no mundo já está dado como um todo de razão prática” (STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: Uma introdução à Filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988, p. 104).

com as questões metodológicas e epistemológicas da filosofia.⁴ Logo nas páginas iniciais da obra, o filósofo sustenta que é necessário abandonar o método “moro-so e entediante que seguimos até agora”, que levou muitos a cometer o equívoco de “impor ao mundo suas conjecturas e hipóteses como se fossem os princípios mais certos” (HUME, 2009, pp. 21-23). O filósofo escocês, assim, acreditava que o problema da filosofia estava na aposta de suas reivindicações excessivamente especulativas, descartando a experiência e observação (empíria). Para ele, a situação era tão escandalosa que “mesmo a plebe lá fora é capaz de julgar, pelo barulho e vozeiro que ouve, que nem tudo vai bem aqui dentro” (HUME, 2009, p. 19). Não é por outro motivo, aliás, que indicou que ao se procurar uma leitura, se deveria passar pelas seguintes questões: “possui [o livro] algum raciocínio abstrato relativo a quantidade ou número?”; “Contém algum raciocínio experimental em matéria de fato e existência?”. Se a resposta para essas duas perguntas for não, o conselho de Hume é que os livros sejam lançados ao fogo, pois não podem conter nada além de “sofismas e ilusões” (HUME, 2007, p. 144).

Já nas páginas iniciais do seu *Tratado*, o filósofo adverte que o seu objetivo está explicado “de maneira suficiente” na introdução (HUME, 2009, p. 17), de modo que tudo que advém depois da introdução segue-se como uma consequência lógica da unidade que é o seu projeto. Na introdução, Hume estabelece seus pontos de divergência com os racionalistas e com os escolásticos, chamando a atenção para a importância que a experiência, vale dizer, o empírico, deve ter na filosofia e não por outro motivo que o *Tratado da natureza humana* é uma sistemática tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais.

Então, de uma maneira muito geral, o empirismo inaugurado por Hume pode ser caracterizado como uma teoria refratária à metafísica até então dominante, passando a considerar epistemologicamente válido apenas o conhecimento que pode ser — de alguma forma — empiricamente verificado, vale dizer, “o escopo, limites e justificação para o nosso conhecimento são dados pela experiência” (ROSENBERG, 2005, p. 65). Nessa linha, com as derivações características e outras peculiaridades, a AED está assentada justamente em um paradigma filosófico que é cético em relação a valores e pauta seus critérios éticos estritamente ao empírico. Eis o *locus*, portanto do seu ceticismo.

⁴ A postura crítica de Hume parece, inclusive, colocar em xeque a própria seriedade de algumas posturas seguidas até então: “em meio a todo esse alvoroço, não é a razão que conquista os louros, mas a eloquência; e ninguém precisa ter receio de não encontrar seguidores para suas hipóteses, por mais extravagantes que elas sejam, se for hábil para pintá-las em cores atraentes” (HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 20).

Adverte-se que não se está afirmando que a AED está seguindo estritamente o empirismo humeniano. Isso seria uma leitura equivocada, na medida em que Hume teve preocupações essencialmente epistemológicas. Entretanto, ao apostar na experiência e na observação como o “único fundamento sólido” para a ciência (HUME, 2009, p. 22), a AED situa-se paradigmaticamente no empirismo cético, construindo uma razão prática sob os fundamentos lançados pela epistemologia empirista. Aliás, é justamente isso que permite que os adeptos da AED possam afirmar que esta tem “padrões de objetividade do positivismo” na medida em que as duas tradições estão assentadas no mesmo lugar paradigmático.⁵ Veja-se, assim, a importância de conhecer o lugar de fala filosófico das tradições jurídicas, especialmente quando se reivindica uma delas como sendo melhor do que as outras.

Vale fazer a ressalva de que o termo ceticismo e o seu significado podem levar a inúmeras discussões e modalidades, sobretudo na filosofia. A obra de Hume, por exemplo, em uma leitura mais *standard* é enquadrada dentro de um ceticismo moderado, vale dizer, aquele ceticismo que se encontra entre uma crença ingênua e um ceticismo pirrônico (parece que foi no sentido pirrônico que os adeptos da AED entenderam que foram situados pela CHD). Mesmo sendo cético com relação a indução, ao mundo externo e até mesmo em relação à razão, Hume nega expressamente um ceticismo radical; mas ao negar o radical, adere expressamente ao moderado (FOEGELIN, 2005). Então, se o próprio Hume, pai da ciência anglo-saxã — e a própria condição de possibilidade para o surgimento de Popper (seguidamente citado pela AED) — admite o ceticismo, qual é, afinal de contas, a dificuldade em abraçar esse rótulo?

A postura cética — espera-se que agora esclarecida — sempre foi uma espécie de marca da *Law and Economics* e, conforme visto, além de Hume o próprio Richard Posner reivindica para si esse título. Assim como reivindica o título de não cognitivista. Reitera-se que não foi a *Crítica Hermenêutica do Direito* que inventou isso. O único equívoco que pode ser atribuído à CHD nesse debate é o equívoco de pressupor que os partidários brasileiros da Análise Econômica do Direito fossem de suas próprias origens. No limite, quando se falou em ceticismo jamais se teve o intento de imputar um ceticismo radical ou qualquer coisa que beira o irracional à AED; pelo contrário, apenas se falou aquilo que a tradição do debate já consolidou há muito tempo. Então, gostemos ou não, o ceticismo está no DNA das ciências sociais anglo-saxãs.

⁵ Não é por outro motivo que Kolakowski afirma que Hume é o verdadeiro pai do positivismo filosófico, vale dizer, é “cronologicamente o primeiro pensador que podemos chamar de positivista” sem que tenha que se fazer qualquer uma das ressalvas que são feitas a outros pensadores pretéritos (KOLAKOWSKI, Leszek. *The Alienation of Reason: A history of positivist thought*. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968, p. 31).

A restrição da *Crítica Hermenêutica do Direito* com relação à AED no Brasil, portanto, se segue muito disso. Na tradição anglo-saxã acumulam-se anos de pesquisa e incontáveis discussões e textos sobre o tema. Por outro lado, aqui no Brasil, os próprios defensores da teoria parecem desconhecer conceitos basilares que pautam seu compromisso teórico. Claro que todos esses argumentos levam em consideração a tradição anglo-saxã. É bem possível que a corrente brasileira tenha desenvolvido teses como uma “AED deontológica”, podendo, dessa forma, refutar o ceticismo aqui exposto e talvez até mesmo revolucionar a pesquisa nessa área. Mas isso só poderemos saber na medida em que ocorrer a publicação de textos nesse sentido, com boas justificativas para essa invocação pontual de deontologismos dentro de um sistema utilitarista. Portanto, aqui já fica o convite.

Com tais considerações, acredita-se que os pontos “a”, “b” e “c” expostos na introdução foram suficientemente esclarecidos, de forma que o aspecto cético da AED fica esclarecido.

2 Resposta à crítica feita à *Crítica Hermenêutica do Direito*

Seguindo, chama a atenção alguns equívocos cometidos por alguns arautos da AED brasileira sobre questões hermenêuticas. Compreende-se que não seja a sua área de especialidade. Entretanto, a não compreensão de questões filosóficas paradigmáticas e basilares para aqueles que sustentam um perfil acadêmico não é escusável. Entre as várias afirmações proferidas, selecionamos uma que diz que “igualmente tampouco consta que a linha heideggeriana/gadameriana, crítica do Iluminismo, pugne por qualquer pretensão de objetividade no processo de conhecimento, o que é fundamental para o projeto científico”.

Primeiramente, vale mencionar que a *Crítica Hermenêutica do Direito* sempre se pautou pelo antirrelativismo da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. É por isso, aliás, que a CHD propõe “constrangimentos epistemológicos” às decisões judiciais. É por isso que propõe uma teoria (forte) da decisão jurídica, reivindicando um controle intersubjetivo na atribuição da norma ao caso concreto. Veja-se a obra magna de Gadamer (a começar pelo título), sua reflexão sobre o conhecimento nas Ciências Humanas, toda a obra de Heidegger, de Ernildo Stein, mas sobretudo, tudo que já se produziu diretamente na CHD. Há teorias da verdade que superam o correspondentismo professado por autores da AED, sem cair nas teorias retóricas (que equivocadamente foram atribuídas à CHD). Como é possível aproximar dos Critical Legal Studies quem frequentemente é acusado de positivista exegético (STRECK, 2012)? Já se discutiu e rediscutiu isso tudo muitas

vezes.⁶ Portanto, negar pretensão de objetividade a essa linhagem é demonstrar profundo desconhecimento sobre o tema.

Existem outras questões que devem ser mencionadas. Por exemplo, a afirmação feita por um dos adeptos da AED de que “o método científico é um e apenas um”. Isso significa que todas as áreas do conhecimento necessariamente devem seguir um mesmo método? Se é para aderirmos a concepções Aristotélicas, lembremos o que diz o Estagirita sobre tratar questões matemáticas retoricamente, e tratar questões retóricas matematicamente. É falta de educação exigir um grau de rigidez que a matéria não comporta. Não foi por outro motivo que Aristóteles segregou a *Metafísica* da *Ética*, o saber ético (phronêsis) do saber teórico (epistêmê) e o trabalho do artesão e o do jurista (DIETRICH, 2017). Ou então ficamos com Hume, pelos influxos de Newton, ao tentar *introduzir o método experimental de raciocínio os assuntos morais*? A filosofia da ciência contemporânea também tem algumas linhas problematizando esse tema.

Por parte da Hermenêutica, sabe-se da limitação que o “método” (moderno) impõe para o conhecimento humano.⁷ A preocupação com o uso sem critérios da palavra “método” nas pesquisas jurídicas fez com que a *Crítica Hermenêutica do Direito* buscasse uma forma de explicar o modo pelo qual a fenomenologia hermenêutica é utilizada no processo de formação do discurso jurídico. Como a hermenêutica que funda a CHD se assenta como uma cadeira no entremeio entre o objetivismo e o subjetivismo, considerou-se a necessidade de ultrapassar a metodologia ainda baseada nas formas tradicionais de pesquisa filiadas ao esquema sujeito-objeto ou, de um modo mais simples, nos métodos dedutivo e indutivo (próprios das ciências naturais).

Em *Verdade e Método*, Gadamer tem o intento construir o argumento de que as denominadas “ciências do espírito” (Geisteswissenschaften) trabalham com um nível de verdade que opera para além do método. Tudo que envolve a estética, a história ou a linguagem (estando aqui o Direito) não se esgota em um método e em pretensões “matematizantes”. Esse é o ponto central da hermenêutica filosófica gadameriana (GADAMER, 2015): demonstrar que existem verdades nas ciências do espírito, independentes da subjetividade, para além do método e do conhecimento progressivo da legalidade (Gesetz-mässigkeit).

⁶ Para esclarecer mal-entendidos, veja-se: STRECK, Lenio. *Hermenêutica e Jurisdição*: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Há vários trechos sobre o cognitivismo moral da CHD e a relação entre direito e moral. Também deixa claro que esta matriz jurídica não pode ser confundida com os trabalhos de Heidegger e Gadamer, de onde vêm seus pressupostos filosóficos, aos quais se incorporaram elementos do interpretativismo dworkiniano.

⁷ Limitação e, conseqüentemente, prejuízos. Para uma análise do tema no âmbito do processo civil, ver RAATZ, Igor; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. O que é isto: a ordinarietade? Perspectivas de superação no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, v. 272, p. 127-161, 2017; STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 12, p. 317-335, 2017.

É importante destacar que trabalhar com uma *verdade para além do método*, ou uma *verdade contra o método*⁸ não implica uma relatividade. Ora, um pouco de atenção na leitura é suficiente para se perceber que ao se trabalhar com uma verdade para além do método ainda assim se está trabalhando com uma verdade — afinal, o título do livro não é “Relativismo contra o método”. Nesse sentido, as palavras de Gadamer (2015, p. 385): “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação de subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição”.

Poderia se aprofundar muito mais o tema, explicando o motivo pelo qual a *Crítica Hermenêutica do Direito* sempre procurou trabalhar no Direito com uma nova objetividade, buscando, acima de tudo, o combate ao relativismo. Mas como a crítica de que a *CHD* não pugna por objetividade é leviana — isso para dizer o mínimo — sequer existe a necessidade de maiores aprofundamentos. É auto-contraditória a afirmação de que não se procura a objetividade em uma teoria que sustenta a existência de respostas adequadas (corretas) no Direito (STRECK, 2017a, pp. 251-268), com a construção de um rol de critérios para a verificação da correção da decisão judicial.

Por fim, não se deixa de enfrentar o argumento do “princípio da seleção natural das ciências”,⁹ que consiste em considerar a Hermenêutica irrelevante frente à AED, decorrente de sua adesão em uma perspectiva global. De tal argumento — que mais parece uma tentativa grosseira de tratar os acadêmicos filiados à Hermenêutica em tom de troça e menoscabo —, pode-se contrapor dois contra-argumentos, a saber, (i) pelo fato de que algo é hegemônico não se segue que seja melhor. Considere-se, por exemplo, o nazismo na Alemanha. É importante respeitar a tradição e as palavras, de forma que a palavra “hegemonia” nos lega um sentido, ao passo que “qualidade científica” nos lega outro; e, (ii) ainda que esse argumento fosse relevante, também serviria para desabonar a AED se considerada a perspectiva local: no TJRS, no sistema de busca de jurisprudência, o nome de Gadamer (filósofo “irrelevante” que sequer se aprofundou no Direito, como costumam desmerecer os adeptos da AED) possui 360 incidências, já o nome de Posner, apenas 21.

⁸ Cf. Ernildo Stein, “em geral leio o título como *Verdade contra o método*. Por que isso? Porque o autor tenta mostrar, nas três partes do livro, que existem, no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, três verdades que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico. Portanto, ao nível da arte, ao nível da história e ao nível da linguagem, temos um tipo de experiência que produz uma verdade que não é de caráter lógico-semântico. Essa, no fundo, é a ideia da obra. E é um tipo de verdade à qual temos acesso por caminhos totalmente diferentes dos quais estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral. Nessa obra faz-se o estabelecimento maduro das ideias daquilo que se pode chamar de *hermenêutica filosófica*” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 47).

⁹ Não podemos deixar de notar que soa estranho uma postura empirista apostar em um argumento “de princípio”.

Com tais considerações, acredita-se que os pontos “d” e “e” expostos na introdução foram suficientemente enfrentados.

3 A real divergência entre CHD e AED

Não é a primeira vez que a *Crítica Hermenêutica do Direito* se posiciona contra importações de certas teorias ao Direito brasileiro. Lembre-se, por todos, o exemplo da ponderação alexyana. Ainda que nem sempre se separem de maneira analítica, sempre há dois níveis facilmente identificáveis nesses posicionamentos. O primeiro é contra as “vulgatas”, o uso descompromissado, *ad hoc*, e mistificador desses recursos teóricos (daí comparar-se a invocação do bayesianismo numa sentença ao ordálio dos pintinhos envenenados por um sacerdote). E não nos enganemos: quanto mais exótica a teoria (e isso não é um problema *per se*), mais atraente ela se torna para esse uso. A CHD, que sob certo sentido pode ser considerada exótica,¹⁰ talvez não seja invocada para esses propósitos por ter se associado de modo notório à crítica da discricionariedade judicial. O segundo nível é o das suas divergências com as teorias originais, reconhecendo toda sua complexidade e sofisticação. Bem lembrado isso tudo, pode-se agora concentrar a análise na verdadeira divergência entre CHD e AED, desenvolvendo o que já foi anunciado: diverge-se de um enfoque cético quanto ao direito, à sua teoria, à sua autonomia em relação a outras ciências, às verdades na sua interpretação, a seus fundamentos e sua força deontológica, à justiça e à legitimidade, enfim, diverge-se do não cognitivismo moral da AED em quaisquer desses pontos.¹¹

Recolocando essas diferenças na dimensão da prática jurídica, a aplicação desse debate girou em torno da Operação Lava Jato, cuja invocação de certas teorias fez com que fosse advertido sobre um possível “tiro no pé” de quem apelasse para AED: “porque, por ela, muitas operações da Justiça-MPF-PF podem ser severamente criticadas — mormente a operação carne fraca, assim como a divulgação das gravações do presidente Temer com Joesley (nesse dia, a bolsa perdeu 200 bilhões), porque mais causam prejuízo que felicidade (no sentido utilitarista — que,

¹⁰ Com efeito, a hermenêutica não constitui o “*mainstream*” da filosofia, ou do direito. Isso não retira a importância das pesquisas a esse respeito. Veja-se a longa tradição europeia de juristas inspirados pela linhagem filosófica heideggeriana-gadameriana: Friedrich Müller, Hassemer, Josef Esser, Castanheira Neves etc. Essa tradição segue se renovando, por exemplo, com os trabalhos de Ralf Poscher. Nos EUA, Dworkin mostrava (e cobrava aos outros!) conhecimento da hermenêutica filosófica. Mais recentemente, há também os trabalhos organizados por Francis Mootz III, com vários autores, sobre sua aplicação ao direito. Ademais, no Brasil a CHD tem crescido cada vez mais, inspirando trabalhos acadêmicos em vários PPGs e até mesmo impactando o debate legislativo.

¹¹ Um preciosismo metaético: a diversidade de fases e vertentes na AED pode até chegar a produzir algumas versões que não sejam completamente céticas neste ponto. Ainda assim, ficariam muito mais no espectro do não cognitivismo moral do que do cognitivismo. Nesses termos, nem o subjetivismo moral seria ceticismo moral completo.

como se sabe, está por detrás da AED) — sem considerar os altos custos em diárias e logística das operações” (STRECK, 2017).

No ponto, autores reclamam que a aplicação desta escola não estaria sendo honrada em toda sua sofisticação pelo exemplo dado. Mas a pergunta que fica é: AED de qual fase ou vertente? De algumas se podem esperar soluções tal como a imaginada. Também não há dúvidas de que outros pesquisadores da área poderiam chegar a soluções melhores sobre os benefícios a longo prazo do combate ao crime. Em todo caso, a adesão à teoria traz compromissos, inclusive quando seus resultados forem desagradáveis. E há soluções bem polêmicas para questões sociais defendidas por membros da AED, mesmo os mais destacados. Por isso, insiste-se: a AED “pode ser um tiro no pé” para o direito brasileiro; e o direito brasileiro pode ser um tiro no pé para a AED!

É precisa ter uma boa leitura da realidade e não guardar ilusões sobre como ela seria instrumentalizada pela nossa prática jurídica, na medida em que a tradição democrática dos EUA e sua funcionalidade institucional diferem — e muito — das brasileiras.¹² A nossa tendência nesse momento é invocar as soluções mais úteis ao jogo de poder da vez. Esse forte aspecto contingencial e empirista, característico da AED, é mais do que perigoso para o Brasil, notadamente em face da fragilidade atual de nossas instituições.

4 Notas para um debate entre diferentes matrizes no direito

Apesar dessas restrições, numa coisa todos concordamos: precisamos de matrizes para enriquecer o debate jurídico, sem as quais ficamos limitados aos meros textos de opinião. E essa diferença de base aflorará quando discutirmos questões aplicadas, como a Lava Jato. Por isso a metaética, donde provém a classificação “não cognitivismo moral”, nos parece uma disciplina interessante para os juristas, ao permitir que coordenemos nossas posições sobre o que se pode conhecer, como conhecer e como demonstrar o conhecimento no campo normativo. A partir dessa linguagem comum, podemos tornar nossos pressupostos e divergências mutuamente inteligíveis. Podemos cobrar coerência das teorias com esses pressupostos¹³ e reconhecer desacordos profundos, pontos teoricamente

¹² Não se trata aqui de uma condenação absoluta à AED, nem de uma visão essencialista a respeito do que há de ruim no Brasil (o que, além de “complexo de vira-lata”, seria anti-hermenêutico). Trata-se de uma advertência sobre a responsabilidade interpretativa que não permite descolar teoria e prática, texto e contexto, ser e tempo etc.

¹³ Nesse ponto, devemos discordar veementemente quanto à possibilidade de combinar AED à ponderação de princípios, ou mesmo de se combinar deontologismo com consequencialismo, como pretendem alguns adeptos da AED. Se for possível escolher caso a caso quando uma regra vale e quando é uma questão de custo-benefício, já não estamos falando de deontologia. Para escapar desses cálculos *ad hoc*, caso se queira apelar para razões substantivas que contextualmente imponham a superação de uma coerência

incomensuráveis. E mesmo discordando, podemos, inclusive, encontrar agendas comuns de pesquisa. Na descrição¹⁴ do fenômeno jurídico, de maneira mais ampla, tem grande interesse a análise econômica. Apenas se disputará o recorte que eventualmente despreze ou “empiricize” questões de justiça, que negue a verdade na interpretação do direito etc. Na prescrição de como o direito deve ser, haverá uma clara restrição de várias teorias do direito à aplicação da AED no âmbito da decisão judicial, sem prejuízo de seu interesse para o debate legislativo e para a administração pública.

Ainda, é preciso deixar claro: a CHD não quer ter o monopólio sobre a teoria do Direito. Isso não é diplomacia acadêmica, é a própria “alma” da hermenêutica (como diria Gadamer): que o outro possa ter razão. Que não detemos a última palavra. Podemos ter interações produtivas com várias muitas matrizes. Com outras, podemos manter disputas saudáveis.

Cabe, assim, uma última questão: apesar de todas essas diferenças, poderia se fazer pesquisas a partir da CHD sobre as relações entre Direito e Economia? Claro que sim. Só depende de como essa questão vai ser encaminhada, para o que já podemos adiantar alguns parâmetros.

Primeiro, a hermenêutica é universal. Em todos os âmbitos da existência, sempre interpretamos. Isso aparece de maneira mais visível nas Ciências do Espírito, mas nem as Ciências Exatas fogem dessa condição interpretativa, essa pertença ao mundo e ao tempo. Sabendo disso, não podemos permitir recepções acríticas da Economia no pensamento jurídico, como se seus cálculos e análise de dados empíricos dispensassem interpretação, como se partissem de uma pura neutralidade científica e não operassem sob uma série de pressupostos de Economia política. Isto para não falar em algo infinitamente mais abrangente, como pré-compreensões e horizonte interpretativo. Saber dessas pré-compreensões, suspendê-las e colocá-las em jogo no diálogo são as exigências mínimas de uma crítica hermenêutica.

estrita, em atenção a uma coerência mais ampla e profunda (de princípio), já estamos nos aproximando de uma noção dworkiniana de *direito como integridade*, nos afastando assim da AED.

¹⁴ “Esta separação entre teoria descritiva e prescritiva é usual entre alguns adeptos da AED, sendo possível para CHD apenas como uma licença didática, na medida em que a descrição e a prescrição estão, sempre, interligadas. Não se descreve nada partindo de um grau zero de valoração (*Bodenlosigkeit*). In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 165. Dentre os vários autores que trabalharam essa questão, além do já citado Ernildo Stein, destacamos MacIntyre que demonstra que o bom e o ruim de forma alguma são independentes do conceito empregado. Em dois exemplos distintos, demonstra que das premissas aparentemente descritivas de que “o relógio não marca corretamente a hora” e o “fazendeiro teve um índice de produção maior do que todos os outros” se seguem, logicamente, as premissas “o relógio é ruim” e o “fazendeiro é bom”. MacIntyre acertadamente argumenta que “o conceito de relógio não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio e o conceito de fazendeiro independentemente do bom fazendeiro” (MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. 2007, p. 57-58).

Segundo, há que se lembrar que falamos de Direito. Por isso, devemos respeitar sua autonomia, considerando a tendência dos fatores econômicos a atuarem como predadores exógenos da área jurídica.

Terceiro, na linha do que a CHD vem sempre fazendo, há que se adaptar essas discussões para o contexto brasileiro. Nosso Direito tem suas especificidades. Nossa Economia também. E isso não quer dizer que sejamos inferiores a outros povos, mas que temos nossas próprias questões. Não se pode importar institutos estrangeiros sem atentar para isso.

Por todas essas razões, seria irresponsável seguir o que chamaremos de “modelo tosco de AED”: vender soluções econômicas supostamente neutras para problemas sociais locais, atropelando o Direito brasileiro a partir de uma mentalidade americana ou suíça.

Na tradução da AED para o debate público, não se pode colocá-la a serviço da demonização do Estado e divinização do mercado, dando prestígio científico a ontologias suspeitas. Ainda mais considerando que essas demonizações/divinizações costumam ser feitas, na história brasileira, ao sabor das conveniências políticas de pequenos grupos privilegiados.

Qualquer discussão sobre Direito e Economia no Brasil, seja sob que referencial teórico for, deve priorizar problemas brasileiros. Aliás, se é de Direito e Economia no Brasil que estamos falando, porque não começar falando da desigualdade do nosso país? Sim, vivemos num dos países mais desiguais do mundo, talvez o mais desigual. Contudo, nosso Direito tributário é um dos mais regressivos do mundo, ou seja, faz com que ricos paguem proporcionalmente bem menos impostos do que os pobres. Distorções desse tipo também podem ser verificadas nos nossos direitos trabalhistas, previdenciário etc. Onde quer que haja relações entre Direito e Economia nesse país, a desigualdade extrema criou distorções, também extremas, que precisam urgentemente ser enfrentadas. Não dá para fazer uma “AED de rico”. Nem uma “*Law and Economics* só pra gringo ver”. Que tal discutir a relação entre Direito e Economia de maneira adaptada ao nosso contexto e que seja... justa?

Para isso, será necessário interpretar, contextualizar, justificar com razões substantivas. Quanto o Estado deve intervir numa questão econômica? Por mais que seja possível fazer cálculos sobre a “eficiência” ou “maximização do bem-estar” que isso gera, não há um procedimento mecânico que nos dará uma resposta pronta. Mas nem por isso deixarão de existir controles públicos e respostas corretas a serem buscadas.

Considerações finais

Reafirmamos a distinção entre CHD e AED no que se refere ao enfoque cético desta última quanto ao direito, à sua teoria, à sua autonomia em relação a

outras ciências, às verdades na sua interpretação, a seus fundamentos e sua força deontológica, à justiça e à legitimidade; enfim, diverge-se do não cognitivismo moral da AED em quaisquer desses pontos.

Tais divergências de base aflorarão quando discutirmos questões aplicadas, o que precisa ser bem esclarecido para que possamos gerar um debate produtivo.

Apesar dessas restrições com relação à AED, é perfeitamente possível fazer pesquisas a partir da CHD (ou compatíveis com ela) sobre as relações entre Direito e Economia. Para isso, adiantamos alguns parâmetros: universalidade da hermenêutica, autonomia do direito e contextualização crítica que atente para a realidade brasileira.

Por fim, cumprindo o propósito saneador deste debate, ao responder às questões colocadas no início desse artigo, vimos que:

(a) a CHD não fez uma caricatura da AED para poder atacá-la, mas uma caracterização fiel ao que seus autores mais destacados defendem, mantendo um grau de generalidade necessário para fazer uma crítica paradigmática;

(b) a AED é uma teoria moralmente cética, o que nada tem a ver com um ceticismo global. Assim, não cabe o contra-argumento de que a AED se baseia em rigoroso método científico e que tem conexões com os padrões de objetividade do positivismo (esse último ponto é muito mais uma confissão do ceticismo moral de que foi acusada). Ainda, a diversidade de fases e vertentes na AED pode até chegar a produzir algumas versões que não sejam completamente céticas neste ponto da moral. Mesmo se apelassem para tal mixagem de sistemas éticos, ainda assim, ficariam muito mais no espectro do não cognitivismo moral do que do cognitivismo;

(c) contra a acusação de ceticismo moral não cabe o contra-argumento feito por alguns adeptos da AED, de que se filiarium à teoria da verdade como correspondência. Trata-se de uma confusão grosseira entre questões de *ser* e de *dever-ser*;

(d) não cabe a crítica feita contra a CHD, de que esta seria uma “versão dos Critical Legal Studies” e que endossaria uma “teoria discursiva ou retórica da verdade”. Trata-se de uma incompreensão de toda a obra de Heidegger, Gadamer, Ernildo Stein, mas, sobretudo, tudo que já se produziu diretamente na CHD em defesa da verdade na interpretação.

(e) o suposto “princípio da seleção natural das ciências” — usado para afirmar que a Hermenêutica seria irrelevante e a AED seria hegemônica, em face de sua adesão em uma perspectiva global — é uma falácia que compreende mal a estrutura das revoluções científicas¹⁵ e até mesmo a ideia darwinista de seleção

¹⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

natural (que não gera evolução “para melhor”, mas seleciona os organismos mais adaptados ao meio). Poderia servir para naturalizar o conhecimento numa dada época, legitimando teorias eugênicas na época do nazismo. Além disso, pode facilmente ser utilizada para provar a irrelevância da AED, numa perspectiva local.

For a debate between the Hermeneutic Critique of Law and Economic Analysis

Abstract: This paper aims to contribute to a debate between the Hermeneutic Critique of Law (CHD) and the adepts of the Economic Analysis of Law (AED). More specifically, it aims to: clarify the extent to which AED is a skeptical theory; respond to the allegation of relativism made against the CHD; identify the real divergence between CHD and AED; and draft some notes in favor of a productive debate between different matrices in Brazilian law.

Keywords: Hermeneutic Critique of Law; Economic Analysis of Law; Moral skepticism.

Para un debate entre la Crítica Hermenéutica del Derecho y el Análisis Económico

Resumen: Este artículo pretende contribuir a un debate entre la Crítica Hermenéutica del Derecho (CHD) y los adeptos del Análisis Económico del Derecho (AED). Más concretamente, pretende: aclarar en qué medida la AED es una teoría escéptica; responder a la acusación de relativismo hecha a la CHD, identificar cuál es la verdadera divergencia entre CHD y AED; y esbozar algunas notas para un debate productivo entre diferentes matrices en el derecho brasileño.

Palabras clave: Crítica Hermenéutica del Derecho; Análisis Económico del Derecho; Escepticismo moral.

Referências

- DIETRICH, William Galle. A atualidade jurídico-hermenêutica de Aristóteles: voltamos a confundir o ofício do artesão com o do jurista? *Empório do Direito*, Santa Catarina, 2017. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/leitura/abdpro-13-a-atualidade-juridico-hermeneutica-de-aristoteles-voltamos-a-confundir-o-oficio-do-artesao-com-o-do-jurista>>. Acesso em: 31 dez. 2017.
- FOEGELIN, Robert. J. Hume's scepticism. *The Cambridge Companion do Hume*. Edited by David Fate Norton. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding and Other Writings*. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- _____. *Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- KOLAKOWSKI, Leszek. *The Alienation of Reason: A history of positivist thought*. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. 2007.
- POSNER, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RAATZ, Igor; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. O que é isto: a ordinariedade? Perspectivas de superação no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, v. 272, p. 127-161, 2017.

ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. *The Cambridge Companion do Hume*. Edited by David Fate Norton. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Racionalidade e Existência: Uma introdução à Filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “você é um positivista”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Exóticas, teorias usadas pelo MPF no caso Lula seriam chumbadas pelo CNMP. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/senso-incomum-exoticas-teorias-usadas-mpf-seriam-chumbadas-cnmp2>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

_____. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

_____; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 12, p. 317-335, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 16, n. 23, p. 11-26, jan./jun. 2018.

Recebido em: 02.04.2018

Aprovado em: 02.04.2018

Autor convidado.