

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

**O FORMALISMO JURÍDICO DE ERNEST WEINRIB E SEUS
REFLEXOS NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, na área de
concentração de Filosofia e Teoria Geral do
Direito, como requisito parcial para obtenção
do título de doutora, sob a orientação do
professor doutor Ronaldo Porto Macedo Junior.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

RESUMO

Este trabalho trata da relação entre a teoria formalista do direito elaborada por Ernest Weinrib e sua teoria de fundamentação da responsabilidade civil derivada do formalismo. O objetivo do trabalho é mostrar que, apesar de o formalismo apresentar uma formulação distintiva e inovadora de racionalidade jurídica, que enfatiza a relação entre forma e conteúdo do direito, o modelo de racionalidade jurídica do formalismo não fornece uma explicação adequada para algumas áreas do direito e, especificamente no caso da responsabilidade civil, da responsabilidade objetiva, que, nessa visão, é considerada um erro jurídico.

O formalismo jurídico weinribiano é um projeto teórico ambicioso que a um só tempo procura rechaçar posições céticas — como os estudos críticos do direito (*critical legal studies*) — e posições instrumentalistas, especialmente a análise econômica do direito e o positivismo jurídico. Ele apresenta uma teoria geral que mostra o direito como um lócus de racionalidade moral imanente e um método, fundado na inteligibilidade imanente, para compreender essa racionalidade e ver o direito como um fenômeno autônomo em relação à política e a outras esferas de racionalidade.

O método formalista permite a intelecção do direito como um fenômeno imanentemente coerente por meio da apreensão das estruturas organizadoras e justificadoras implícitas nos arranjos jurídicos, isto é, as formas da justiça corretiva e da justiça distributiva. Com base nisso, o formalismo sustenta que a forma imanente ao direito privado e, conseqüentemente, à responsabilidade civil é a justiça corretiva.

Este trabalho reconstrói criticamente as principais teses que integram o formalismo e que são fundamentais para entender a rejeição à responsabilidade objetiva, considerada uma monstruosidade conceitual, com especial ênfase na premissa epistemológica formalista da inteligibilidade imanente como a melhor maneira de se compreender o direito e na premissa da coerência estrutural que os arranjos jurídicos devem apresentar.

A tese discute o modo como o formalismo jurídico se insere no debate metodológico contemporâneo, definindo o formalismo jurídico como uma teoria de avaliação e justificação jurídica e, portanto, dotada de uma dimensão prescritiva, e apresentando o

impacto dessa definição na postura que o formalismo assume em relação à responsabilidade objetiva.

A tese ainda analisa a relação entre essa dimensão prescritiva e o posicionamento do formalismo em relação à responsabilidade objetiva, rotulando-a de erro jurídico, e conclui com uma discussão sobre as razões desse posicionamento — que, argumenta-se, é equivocado —, que se baseiam na assunção das premissas da inteligibilidade imanente e do critério de coerência estrita que marcam o método de conhecimento formalista.

Palavras-chave: Ernest Weinrib. Formalismo. Instrumentalismo. Funcionalismo. Teoria prescritiva. Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva. Justiça corretiva. Justiça distributiva.

ABSTRACT

This dissertation focuses on the relationship between juridical formalism as elaborated by Ernest Weinrib and his theory of the foundation of tort law. The dissertation argues that despite formalism's distinctive and innovative account of legal rationality that emphasizes the relationship between law's form and substance, this account does not provide an adequate explanation for specific areas of law. Particularly in the case of tort law it does not adequately explain strict liability, which is deemed a juridical error.

Weinrib's juridical formalism is an ambitious theoretical project that challenges: skeptical accounts of law, such as critical legal studies; instrumentalists' account of law exemplified by economical analysis of law; and juridical positivism. Weinrib's theory attempts to explain law as a locus of immanent moral rationality. The theory is based on a methodology that adopts the premise of immanent intelligibility as a way to comprehend this rationality. This approach allows the theorist to grasp law as a phenomenon autonomous from politics and other spheres of rationality.

The formalist method allows the intelligibility of law as an immanently coherent phenomenon through the apprehension of the organizing and justifying structures implicit in juridical arrangements, i.e., the forms of corrective justice and distributive justice with which formalism argues that the immanent form of private law and, therefore, of tort law is corrective justice.

This dissertation reconstructs critically the main theses that support formalism, which are essential to understanding its rejection of strict liability – considered a conceptual monstrosity. This dissertation focuses on the formalist epistemological assumption of immanent intelligibility as the best way of comprehending law and on the premise of internal structural coherence that juridical arrangements should display.

This thesis discusses the way in which juridical formalism can be located within the contemporary methodological debate, and defines formalism as an evaluative and justificatory juridical theory. As such, formalism encompasses a prescriptive dimension. This dissertation also identifies how the definition of formalism as a prescriptive theory impacts on its analysis of strict liability

The dissertation then analyses the relationship between this prescriptive dimension and the formalist position regarding strict liability. It concludes that formalism's mistake regarding strict liability can be traced back to its epistemological assumptions regarding immanent intelligibility and coherence.

Key-words: Ernest Weinrib. Formalism. Instrumentalism. Functionalism. Prescriptive theory. Tort law. Strict liability. Corrective justice. Distributive justice.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho consiste em uma análise crítica da relação entre a teoria formalista do direito desenvolvida por Ernest Weinrib¹ e sua teoria de fundamentação da responsabilidade civil e em uma avaliação da capacidade dessa última de fornecer uma fundamentação teórica adequada aos diferentes tipos de conflitos jurídicos amparados pelas regras de responsabilidade civil — em especial, àqueles amparados pelas regras de responsabilidade objetiva. Isso porque Weinrib sustenta que a responsabilidade objetiva é incoerente com a racionalidade característica da responsabilidade civil, fundada na justiça corretiva, e que, conceitualmente, se trataria, portanto, de um erro jurídico.

Meu objetivo é expor os limites da teoria formalista do direito em termos descritivos e prescritivos e verificar se as conclusões que Weinrib extrai em consequência da adoção do formalismo², em particular acerca da suposta incoerência

¹ Ernest Weinrib é Cecil A. Wright Professor of Law na Universidade de Toronto (Canadá) desde 1999. Completou seu bacharelado (B.A.) na Universidade de Toronto em 1965, seguido de um doutorado em filosofia (Ph.D. – Classics) pela Universidade de Harvard (EUA) em 1968. Após, graduou-se em Direito (LL.B.) também pela Universidade de Toronto em 1972. Foi professor visitante por diversas vezes na Universidade de Tel Aviv (Israel) e, em 1984, na Universidade de Yale (Estados Unidos). Na Universidade de Toronto, instituição na qual é professor desde 1968, sua pesquisa e sua atividade docente se concentram nas áreas do direito privado, especialmente responsabilidade civil, e teoria do direito.

² O termo “formalismo jurídico” é usado para designar um conjunto bastante amplo de teorias jurídicas, geralmente, atribuindo-lhes sentido desabonador, pejorativo ou caricatural (DIMOULIS, 2011, p. 213, STONE, 2002, p. 166-204). Embora o objetivo do capítulo 2 seja apresentar detalhadamente o que Ernest Weinrib entende por formalismo jurídico, é importante fazer uma breve contextualização do uso dessa expressão para evitar possíveis incompreensões ou pré-concepções que afetem o entendimento do projeto weinribiano. Tradicionalmente, o termo “formalismo” é identificado com teorias jurídicas que sustentam a posição — vista por seus detratores como utópica — de que é possível a absoluta determinação do direito ou um elevado grau de determinação. A alcinha de formalista é atribuída a quem seja apegado a formalidades processuais, sustente uma posição mecanicista na aplicação do direito, evite questões substantivas e valorativas e, em geral, dê mais relevância para a ritualista envolvida na aplicação do direito do que para as questões de justiça envolvidas em sua aplicação (DIMOULIS, 2011, p. 214). O termo também tem sido identificado com o projeto do positivismo jurídico quando a este é atribuída a posição de defesa do apego ao texto normativo no momento da interpretação e da aplicação (STRUCHINER, 2011, p. 123-124). Fato é que, com honrosas exceções, sendo Adrian Vermeule, Ernest Weinrib, Frederick Schauer e Robert

entre a responsabilidade objetiva e a fundamentação da responsabilidade civil que ele desenvolve e defende, estão corretas ou são necessárias³.

1.1 QUESTÕES, OBJETIVOS E HIPÓTESES

Em primeiro lugar, esta tese está orientada a responder à seguinte pergunta: que tipo de teoria do direito o formalismo pretende ser? Ou seja, quais são suas premissas, qual é seu objetivo e seu escopo ou âmbito de atuação? Responder a essa questão é importante para que seja possível esclarecer quais fenômenos o formalismo jurídico pretende explicar — e como pretende fazer isso — e o que essa teoria explícita ou implicitamente não se propõe a explicar.

Esse passo é importante pois é comum que teorias formalistas sejam fortemente criticadas por posições que, algumas vezes, elas nem sequer defendem. Para que o mesmo não ocorra com o formalismo weinribiano, é preciso dar esse passo preliminar antes de discutir a teoria em detalhes ou de criticá-la.

Summers quatro delas, quase nenhum teórico se define como formalista, e os que assim se intitulam (i) partem de premissas e defendem posições bastante diferentes entre si, não sendo possível “no” formalismo jurídico e (ii) não defendem nenhuma das teses que lhes são atribuídas pelos críticos. Assim, quando se fala em formalismo jurídico, é importante buscar, como sugere Dimoulis (2011, p. 224-225), o formalismo real, desarmando os espíritos, evitando concepções negativas comumente atribuídas a essa posição e procurando visualizar teses efetivamente defendidas, não pelos formalistas imaginários dos parágrafos iniciais de livros e artigos, ditos antiformalistas, mas pelos formalistas reais, como Ernest Weinrib. Uma coletânea de artigos sobre o formalismo na teoria do direito anglo-saxã recentemente traduzidos para o português é apresentada em Rodriguez (2011). Por fim, para que não haja confusão terminológica, mas também para evitar repetições desnecessárias, esclareço que me referirei ao formalismo jurídico de Ernest Weinrib apenas pelo uso dos termos “formalismo jurídico” ou “teoria formalista do direito”. Caso me refira a outras teorias formalistas, estas virão qualificadas, como em “o formalismo jurídico de Frederick Schauer”.

³ Nota de esclarecimento. Neste trabalho utilizo o modelo autor-data, conforme ABNT NBR 10520, de agosto de 2002, com uma alteração: cito o autor, o ano da publicação e as páginas — exemplo: WEINRIB, 1995, p. 5 — em todas as citações diretas e indiretas (paráfrases) que faço no corpo do texto e em notas de rodapé, com o objetivo de facilitar a conferência das informações por parte dos leitores. Cito apenas o autor e o ano da publicação — exemplo: Weinrib (2001a) — exclusivamente nas situações em que me refiro à ideia ou ao tema geral da obra.

Assim, para definir o escopo da teoria formalista de Weinrib, além de apresentar suas principais teses, é necessário responder ao seguinte questionamento: sendo uma teoria que procura separar o direito da política e isolar o que há de especificamente jurídico, é possível afirmar que se trata de uma teoria geral do direito ou seria apenas uma teoria aplicável ao direito privado?

Essa pergunta se justifica pois a quase totalidade dos escritos de Ernest Weinrib se centram na relação entre formalismo e direito privado. Isso pode ser encarado como mera predileção do autor, mas, na impossibilidade de o formalismo explicar outros ramos do direito, como o direito público, isso poderá ser interpretado como um indício de erro ou falta de sustentabilidade de todo o projeto teórico weinribiano, inclusive no que se refere à tentativa de explicar unicamente a parte do direito que mais lhe interessa, que é o direito privado.

Ademais, esta tese pretende determinar o modo como o formalismo se insere no debate metodológico contemporâneo, ou seja, onde ele se localiza em termos da tradicional dicotomia entre teorias jurídicas descritivas ou prescritivas (teorias sobre o ser ou sobre o dever-ser). Definir se o formalismo é uma teoria geral do direito e também se se trata de uma teoria com pretensões descritivas ou prescritivas são mais dois passos na determinação dos objetivos gerais e do escopo⁴.

Na sequência, definido o tipo de teoria que o formalismo pretende ser, a tese se concentra na análise crítica propriamente dita e busca apresentar os acertos e os erros da teoria formalista do direito de Ernest Weinrib quanto aos seguintes pontos: (i) a crítica que o formalismo elabora às concepções instrumentalistas do direito e a defesa da possibilidade de uma compreensão não instrumental do direito⁵; (ii) a

⁴ Um autor que aborda essa dicotomia é Bix (2006). Já uma análise e uma crítica às teorias normativas, especialmente à desenvolvida por Ronald Dworkin, podem ser encontradas em Coleman (2002). Uma contestação da utilidade de se analisar teorias com base na distinção entre teorias descritivas e prescritivas, chamadas também de teorias sobre o ser ou sobre o dever ser, é apresentada por Dickson (2001).

⁵ Como exporei no capítulo 2, Weinrib considera instrumentalistas ou funcionalistas todas as concepções que atribuem ao direito privado uma finalidade externa a ele próprio. A definição weinribiana de instrumentalismo ou funcionalismo é a mais ampla possível. Ele usa os dois termos indistintamente para designar qualquer teoria jurídica que atribua ao direito um fim ou um objetivo externo a ele, o que, na linguagem weinribiana, equivale a qualquer consequência externa que seja sustentada por alguma razão externa ao direito — por exemplo, ser moralmente válida ou socialmente desejada — e adote a posição de que somente é possível compreender o direito na

defesa da tese de que o direito é um lócus de racionalidade moral imanente e que só é corretamente compreendido não instrumentalmente por meio de sua intelecção formal (pela determinação de sua forma) e imanente (interna), por meio das categorias que ele nomeia de “formas” da justiça corretiva e da justiça distributiva, vistas como as estruturas de avaliação e justificação mais gerais e abstratas às quais o direito deve se conformar se pretender ser um fenômeno internamente coerente; (iii) a adoção de uma noção estrita de coerência como critério de verdade para a inteligibilidade do direito, vista como um mínimo de racionalidade necessário para a operação justa de todo o direito; e (iv) a conseqüente vedação ao hibridismo entre critérios de inteligibilidade e justificação coerente do direito, ou seja, a proibição da combinação entre as formas da justiça corretiva e distributiva num mesmo arranjo legal.

medida em que se compreenda essa finalidade ou esse objetivo. Um exemplo recorrente na obra de Weinrib é o objetivo da maximização do bem-estar dos indivíduos. Segundo Weinrib, esse objetivo é socialmente desejado independentemente de o direito persegui-lo ou não. Uma teoria que considere que o direito deve ser um instrumento na persecução desse fim — e que, portanto, pretenda compreender o direito na medida em que ele efetivamente persiga esse fim — será instrumentalista ou funcionalista. Isso leva Weinrib a concluir que tanto um teórico do direito filiado à corrente da análise econômica do direito, como Richard Posner, que atribui ao direito a função de promover a eficiência econômica, quanto um filósofo do direito natural, como John Finnis, para quem o objetivo do direito seria promover aspectos básicos de bem (*basic aspects of the good*) pertencem a essa categoria. A esse respeito, Weinrib afirma que: “A eficiência econômica é meramente um dos objetivos que a [...] academia tem proposto. Esses objetivos aparecem em muitas variedades, do geral, como a promoção de responsabilidade comunal ou dos aspectos básicos de bem, até o mais específico, como a mitigação do ônus gerado pelo dano. O apelo de todos esses objetivos baseia-se em alguma concepção de bem-estar humano que é considerada desejável independentemente do direito e que, portanto, o direito deve se esforçar para fomentar.” (WEINRIB, 2007, p. 411, tradução minha). No original: “Economic efficiency is merely one of the goals that [...] scholarship has proposed. These goals come in many varieties, ranging from the general, such as promoting communal responsibility or basic aspects of the good to the more specific, such as alleviating injury. All such goals base their appeal on some conception of human welfare that is considered desirable independently of the law and that the law should therefore strive to forward.” Como exporei no Capítulo 2, o formalismo se concentra em compreender quais são as estruturas justificatórias implícitas no direito que permitem enxergá-lo como um fenômeno normativo internamente coerente. As preocupações em torno do modo como o direito pode ou não fomentar o bem-estar humano estão além do escopo de análise do formalista. Assim, Weinrib usa os termos “interno” e “externo” para estabelecer a diferença entre o formalismo — que se concentra em tentar entender o direito por meio de seus elementos estruturais fundamentais e, portanto, internamente ao próprio direito — e as demais abordagens — que defendem que só se conhece o direito pela compreensão dos objetivos a que ele serve. Em duas frases que geraram grande polêmica, Weinrib afirmou que “[...] o objetivo do direito privado é ser direito privado.” (WEINRIB, 1995, p. 5, tradução minha) e que “Explicar o amor em termos de fins externos é necessariamente um erro [...] o direito privado é como o amor.” (WEINRIB, 1995, p. 6, tradução minha). No original, respectivamente: “[...] the purpose of private law is to be private law” e “[...] Explaining love in terms of extrinsic ends in necessarily a mistake, [...] private law is just like love.” Essas frases procuram chamar a atenção para o que ele considera a melhor forma de conhecer o direito: olhar para dentro do direito (para o interno) e identificar que algumas coisas, o direito, entre eles, não podem ser verdadeiramente conhecidas instrumentalmente (pelo olhar externo). Essas ideias deixam transparecer o caráter essencialista da teoria formalista. Ainda que Weinrib tente se esquivar dessas críticas, defendendo que ele não é bem-sucedido em fazê-lo. Tratarei desse ponto nos capítulos 2 e 5 desta tese.

Para isso, destacarei um problema específico gerado pela adesão às teses weinribianas: a necessidade de afirmar que a responsabilidade objetiva é incoerente com a fundamentação na justiça corretiva, por incorporar elementos de justiça distributiva e, portanto, combinar incoerentemente as duas formas da justiça, e tachá-la de “erro jurídico” e “monstruosidade conceitual”⁶ (WEINRIB, 1985, p. 681, 1988, p. 969, 1989b, p. 519, 1995, p. 171).

Tanto nos países da *common law* quanto nos da *civil law*, como o Brasil, ao lado da responsabilidade baseada na culpa, a responsabilidade objetiva é uma realidade. Apesar de não negar os fatos e de reconhecer o funcionamento da responsabilidade objetiva tal como ocorre na prática, Weinrib entende que, de um ponto de vista exclusivamente conceitual, a responsabilidade objetiva é um erro jurídico. Neste trabalho pretendo apontar as razões que levam Weinrib a afirmar que, do ponto de vista do formalismo, a responsabilidade objetiva é um erro jurídico e as implicações teóricas e práticas, se houver, da defesa dessa posição.

Ademais, o trabalho buscará apontar o que se ganha em termos descritivos ao se afirmar que a responsabilidade objetiva é um erro e o que isso nos diz sobre o tipo de teoria do direito que o formalismo pretende ser, nos termos da terceira hipótese apresentada a seguir⁷.

⁶ Seria possível escolher ainda outros pontos em que a teoria de Weinrib parece frágil. Por exemplo, ele pouco trata de danos punitivos, doutrina que parece pouco defensável, à luz de sua concepção normativa de correlação entre ganhos e perdas, o que me leva a crer que também seria considerada um “erro jurídico”. Todavia, diante da importância da responsabilidade objetiva no direito contemporâneo, tanto no *common law* quanto no *civil law*, e de sua ampla aceitação como parte do direito privado entre doutrinadores, juízes e legisladores, a argumentação de que a responsabilidade objetiva não se encaixa conceitualmente no esquema proposto por Weinrib para a responsabilidade civil (subsunção à forma da justiça corretiva) impõe um pesado ônus argumentativo para o formalismo, tornando a escolha da responsabilidade objetiva propícia para analisar os limites descritivos e prescritivos da teoria formalista. Como mostrarei, especialmente nos capítulos 2 e 4, um dos problemas da responsabilidade objetiva é a combinação entre elementos corretivos e distributivos, o que é vedado pelo formalismo por gerar uma incoerência entre estruturas de justificação que são incomunicáveis. O ônus dessa posição é que, se a tese da incomunicabilidade entre justiça corretiva e distributiva não se sustentar, todo o seu edifício teórico colapsa.

⁷ Embora esteja fora do escopo desta tese, vale a reflexão sobre o seguinte ponto: se, ao analisar o sistema de *common law*, como exporei detalhadamente no capítulo 4, Weinrib conclui que a responsabilidade objetiva é um erro porque é conceitualmente incoerente com a racionalidade interna do direito privado, a qual é dada pela forma da justiça corretiva, o mesmo problema ocorreria entre a responsabilidade com culpa (aquiliana) e a responsabilidade objetiva no Brasil? Pressupondo-se que a moldura teórica formalista nos ajude a visualizar as estruturas organizadoras do direito privado brasileiro, a pergunta seria: a responsabilidade objetiva representa ou pode representar a característica

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

