

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

Essas questões serão respondidas ao longo da tese explorando-se as seguintes hipóteses. A primeira hipótese é que o formalismo jurídico weinribiano pode ser considerado uma teoria geral do direito, pois, embora Weinrib escolha centrar seus esforços teóricos sobretudo na fundamentação do direito privado pela categoria formal de justiça corretiva, ilustrando essa tese principalmente com questões de responsabilidade civil, há elementos para considerar a teoria formalista do direito como uma teoria que pretende estender seu escopo explicativo sobre todo o direito, ao oferecer subsídios para explicar todas as áreas do direito, seja por meio da forma da justiça corretiva⁸, seja, como no caso do direito público, por meio da forma da justiça distributiva. Ou seja, embora Weinrib tenha uma predileção pelo tema do direito privado e, especificamente, pela responsabilidade civil, privilegiando-a em seus exemplos, ele elabora a teoria formalista como um esforço para explicar o fenômeno jurídico como um todo.

A segunda hipótese a ser explorada diz respeito aos objetivos mais amplos da teoria formalista e a seu lugar no debate contemporâneo sobre metodologia em teoria do direito. Esta tese pretende apontar razões pelas quais se deve concluir que o formalismo jurídico não é uma teoria meramente descritiva, mas também não é apenas uma teoria jurídica prescritiva. Sendo uma espécie de teoria de descrição da normatividade do direito, a tese expõe outra maneira de classificar metodologicamente o formalismo jurídico, diferente da tradicional dicotomia entre

organizadora (estrutura) da responsabilidade civil brasileira? Em caso afirmativo ou negativo, seria necessário indagar também de que maneira a responsabilidade objetiva se harmoniza com a responsabilidade com culpa ou se a conclusão para o caso brasileiro seria similar à conclusão para o caso de *common law*. Independentemente da resposta, considero que as premissas epistemológicas formalistas, se corretas, poderiam ser utilizadas também para analisar o caso brasileiro.

⁸ Weinrib faz poucas referências a outros ramos do direito. Ele discute brevemente o direito penal como enquadrado sob a forma da justiça corretiva (WEINRIB, 1988, p. 982). Num esforço de interpretação e aplicação das teses formalistas seria possível pensar no direito comercial, se coerente, igualmente sob a forma da justiça corretiva e diversos ramos do direito público decididamente como subsumíveis à forma da justiça distributiva. Dúvidas surgem, no entanto, no que se refere ao *status* que Weinrib atribuiria ao direito constitucional. Há um curto parágrafo em *The Idea of Private Law* (WEINRIB, 1995, p. 211) com base no qual é possível argumentar que se trata do ramo do direito que institui os esquemas distributivos mais básicos para a estruturação da sociedade tal como a entendemos. Voltarei a essa questão no capítulo 2 deste trabalho.

teorias descritivas e prescritivas, com o intuito de esclarecer detalhes das premissas metodológicas formalistas que essa dicotomia não é capaz de mostrar⁹.

Feitas a apresentação e a análise do formalismo como teoria geral do direito, a tese avançará para estabelecer a relação entre o formalismo e a teoria weinribiana da responsabilidade civil. Acerca dessa relação, discuto a terceira hipótese: que o principal acerto da teoria formalista do direito de Ernest Weinrib é desenvolver uma teoria normativa do direito que apresenta esse campo do conhecimento como fenômeno dotado de uma racionalidade própria e, tendo a responsabilidade civil como exemplo privilegiado, expor as razões pelas quais concepções instrumentalistas ou funcionalistas do direito não apenas não são bem-sucedidas em explicar a natureza da relação entre as partes na responsabilidade civil, como por vezes também confundem as racionalidades em jogo no arcabouço institucional, no direito positivo e nas doutrinas jurídicas, enquanto as formas da justiça corretiva e distributiva se mostram úteis para elucidar essas racionalidades.

No que diz respeito à responsabilidade objetiva, apresento uma quarta hipótese: que o rótulo que o formalismo atribui a ela encobre posições distintas sustentadas pelo formalismo e diretamente ligadas ao caráter prescritivo da teoria. São elas: que, num nível teórico mais geral, Weinrib sustentará que a responsabilidade objetiva não pode ser o critério organizador da responsabilidade civil, ou seja, defenderá que, na medida em que a forma da justiça corretiva é a estrutura justificatório implícita na correta compreensão da responsabilidade civil, esta não pode ser concretizada corretamente na prática jurídica por um modelo que desconsidere o elemento da culpa, e, num nível teórico mais específico, relativo à direção que o direito deve seguir se quiser ser coerente, inclusive como juízes devem decidir casos concretos, Weinrib sustentará que a responsabilidade objetiva, por incorporar elementos da justiça distributiva e, conseqüentemente, ser incoerente com

⁹ Essa proposta é retirada de *Evaluation and Legal Theory*, de Julie Dickson (2001), que sugere o abandono da caracterização de teorias do direito por meio da dicotomia descrição/prescrição e sua substituição por uma investigação do papel que a avaliação desempenha nessas teorias. A pergunta básica por ela proposta é esta: é necessário que um teórico do direito empreenda julgamentos de valor (avaliação moral ou política) do fenômeno jurídico a fim de construir uma teoria do direito bem-sucedida? (DICKSON, 2001, p. 3).

a forma da justiça corretiva, deve, no limite, ser eliminada do âmbito do direito privado.

Apesar de o formalismo jurídico ser uma teoria que traz conceitos relevantes para a compreensão da racionalidade do direito e de suas eventuais incoerências, isto é, é uma teoria útil para descrever essas racionalidades em jogo, e de, para esse fim, considerar explicitar a maneira como as categorias da justiça corretiva e da justiça distributiva podem estar implícitas no direito, isso não significa que o lado “prescritivo” do formalismo não padece de graves defeitos.

Um dos problemas de se adotar a dimensão prescritiva do formalismo começa pela adoção pelo formalismo da relação jurídica como sua unidade básica de análise. Como esclarecerei no capítulo 2, o formalismo é uma teoria circular: parte da análise do material jurídico (*juridical materials*) — composto pela reconstrução racional do direito positivo, da jurisprudência dos tribunais, de opiniões da doutrina e dos comentadores e até mesmo da percepção daqueles envolvidos com a prática do direito (juízes, advogados, etc.) — para, quando alcançados, por um processo puramente mental, os conceitos mais abstratos e gerais que organizam (estruturam) esse sistema, fechar o círculo avaliando o direito positivo e a prática dos tribunais à luz dessas estruturas gerais que ele nomeia de “forma da justiça corretiva” e “forma da justiça distributiva”.

Embora nessa breve reconstituição não seja fácil entender todas as nuances do formalismo, uma coisa deve ficar clara desde logo. Os materiais jurídicos passam por um primeiro filtro logo no início da análise. Estes somente são considerados por uma única faceta: a da relação jurídica — e, no direito privado, especificamente, pela faceta da relação jurídica que se forma entre autor e réu.

Assim, sustento, como quinta hipótese, que o formalismo não apresenta boas razões para esse corte na realidade do direito. O formalismo deixa de fora, por exemplo, a consideração da face criadora do direito, como nas regras que facultam poderes aos indivíduos para escolher como conduzir suas vidas. Para ficar nos exemplos mais óbvios, o formalismo não dá importância para as regras jurídicas que permitem firmar contratos, realizar casamentos e elaborar testamentos.

O caso do contrato ilustra esse ponto. Um contrato somente entrará na órbita de preocupações da teoria formalista sob o prisma da responsabilização, ou seja, quando, em função de seu descumprimento, uma parte processar a outra, passando, então, a serem elas autor e réu ligados por um mesmo fato, discutido judicialmente. Análise a hipótese de que, juntamente com as premissas da inteligibilidade imanente e da coerência, enunciadas na sequência, a eleição da relação jurídica como unidade básica de análise enfraquece tanto a dimensão descritiva quanto a prescritiva do formalismo jurídico.

Assim, a sexta hipótese é que um dos problemas do formalismo é sustentar um critério de coerência tão estrito que leva à equivocada tese da incomunicabilidade entre as formas da justiça corretiva e distributiva. Argumento que, embora as categorias da justiça corretiva e da justiça distributiva sejam úteis para entender as racionalidades em conflito no âmbito da responsabilidade civil, as consequências normativas impostas pelo formalismo são demasiadamente rígidas.

A tese da coerência e a vedação ao hibridismo ou à combinação de racionalidades levam o formalismo a tachar a responsabilidade objetiva de monstruosidade conceitual. Se a única manifestação coerente da estrutura imanente da responsabilidade civil é a responsabilidade baseada na culpa, o que se observa é uma segregação da responsabilidade objetiva: ela não é, propriamente falando, responsabilidade civil, mas também não é direito público, pois, como um híbrido, não se encaixa perfeitamente em nenhuma estrutura.

O problema de construir uma teoria que gera esse tipo de estratégia de segregação é que (i) se for possível argumentar que há semelhanças relevantes entre responsabilidade baseada na culpa e responsabilidade objetiva para serem ambas consideradas ramos da responsabilidade civil, então o formalismo será uma teoria cujo poder explicativo é muito limitado e cujas consequências normativas são pouco úteis; (ii) de outro lado, se for possível argumentar que é possível abrir mão desse conceito estrito de coerência, então o formalismo será uma teoria inferior a outras teorias de fundamentação da responsabilidade civil que consigam defender um outro critério de coerência que, sem segregar partes relevantes da prática, explique as

normatividades em jogo na responsabilidade civil e, assim, gere consequências normativas mais frutíferas.

Por fim, a sétima e última hipótese a ser discutida na tese é que a causa desse equívoco (critério de coerência que leva à tese da incomunicabilidade) remonta às premissas epistemológicas assumidas pelo formalismo — especificamente, à tese da inteligibilidade imanente como um paradigma para a compreensão do direito e, assim, não apenas como a melhor maneira de compreendê-lo, mas como a única que garante um efetivo contato com o objeto jurídico e, portanto, a única apta a identificar as características que permitem enxergar o direito como uma esfera de racionalidade autônoma.

O formalismo jurídico propõe o que Stone (2002, p.181) chama de um estudo formal do direito, ou seja, um estudo do direito que é independente de especificidades culturais (*culture-independent*) e que, apesar dos protestos de Weinrib, leva a cabo esse estudo com base em uma premissa essencialista acerca da maneira de conceber e organizar o conhecimento sobre o direito. Trata-se de uma teoria pré-*virada* linguística que procura encontrar nos conceitos jurídicos uma racionalidade dada de antemão, imutável e que permite o desenvolvimento de uma teoria que ignora o enraizamento social das práticas jurídicas que pretende explicar.

A inteligibilidade imanente, aliada ao critério de coerência, torna impossível enxergar as semelhanças entre responsabilidade civil baseada na culpa e responsabilidade objetiva; o que o formalista vê, sob o restritivo prisma da relação jurídica, que ele elege como a unidade básica de análise, são práticas que não se encaixam nas racionalidades pré-concebidas pelo formalismo.

1.2 POR QUE ESTUDAR O PENSAMENTO JURÍDICO DE ERNEST WEINRIB?

Faz-se necessária uma pausa para explicar a opção por estudar o pensamento jurídico de Ernest Weinrib. Dentro do contexto de uma tese focada em analisar a relação entre o formalismo e a teoria da responsabilidade civil, há algumas razões relevantes que podem ser enumeradas, ligadas a seu papel tanto como teórico do direito quanto como teórico da responsabilidade civil.

Embora praticamente desconhecido no Brasil, além de ser, no mundo anglo-saxão, um dos expoentes da chamada “filosofia do direito privado”, de que falarei na sequência, Ernest Weinrib apresenta uma das mais inovadoras abordagens da racionalidade jurídica na teoria do direito contemporânea. Poucos são os teóricos que têm uma contribuição relevante acerca da forma como concebemos a racionalidade jurídica. Como pontua Stick (1992, p. 773), no último século no mundo anglo-saxão apenas H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Joseph Raz fizeram tanto para expandir o repertório de ideias acerca da racionalidade jurídica. Nesse contexto, Weinrib é considerado um teórico que traz uma contribuição nova (embora amparado por ideias clássicas na filosofia), procurando harmonizar elementos que normalmente são vistos como opostos, pois ele é, a um só tempo, um teórico formalista e um teórico coerentista. Essa união cria um modelo novo de racionalidade jurídica cujo valor, como seus comentadores sugerem, não pode ser negligenciado. Assim, ainda que sujeito a críticas, o formalismo weinribiano é visto como uma grande contribuição para a teoria do direito contemporânea (STICK, 1992, p. 773-803; PATTERSON, 1992, p. 741-743, 1993, p. 579, 1995, p. 916, 1996, p. 22-23).

Patterson afirma que se trata da “[...] mais sofisticada articulação de uma explicação filosófica da racionalidade jurídica elaborada em tempos recentes”¹⁰. Segundo ele, Weinrib defende uma forma de se fazer teoria do direito que, até então, era considerada superada e fora de moda.^{11,12} Todavia, seus argumentos são tão bem

¹⁰ No original: “Ernest Weinrib’s defense of legal formalism is the most sophisticated articulation of a philosophical account of legal rationality in recent memory.”

¹¹ É preciso levar em consideração que o formalismo é normalmente associado à ideia de uma teoria da interpretação jurídica que propõe que o raciocínio jurídico deve se desenvolver privilegiando o texto normativo em detrimento de princípios e valores, enfatizando, portanto, a descoberta do direito, e não a criação de direito novo, favorecendo, em tese, a autonomia do direito em relação a outras esferas. Embora essa seja quase uma caricatura e o próprio formalismo se divida em várias correntes, ela é importante para que seja possível perceber, desde logo, que, embora Weinrib se proponha a abordar as questões do raciocínio jurídico e da autonomia do direito, diferentemente dessa visão “tradicional” do formalismo, ele não o faz tendo o texto normativo como principal

estruturados que simplesmente não podem ser ignorados por quem pretenda dar explicações alternativas para o mesmo fenômeno. (PATTERSON, 1992, p. 741). E não apenas os resultados de sua teoria formalista são de grande interesse para quem pretende estudar os fundamentos teóricos da responsabilidade civil, mas a maneira como ele chega a esses resultados, o tipo de método filosófico que ele adota, é igualmente importante e merece a reflexão e a avaliação que a tese se propõe a fazer.

Ele considera a leitura de Weinrib fundamental para quem se interessa em fazer teoria do direito com base numa abordagem que recupere a ideia de autonomia do direito e que não o reduza ao discurso normativo de alguma outra disciplina, seja a economia, seja a política, seja a moral (PATTERSON, 1995, p. 917).

Patterson considera o formalismo weinribiano parcialmente bem-sucedido em suas pretensões na medida em que a distinção entre justiça corretiva e distributiva limita o que pode ser inteligivelmente dito do ponto de vista exclusivamente jurídico, mas considera insuficientes as razões apresentadas por Weinrib para sustentar a distinção entre as duas formas da justiça, o que chamo de “tese da incomunicabilidade”, bem como a primazia da inteligibilidade imanente sobre outras forma de intelecção do fenômeno jurídico que levem em consideração interesses humanos que atuam na constituição do direito (PATTERSON, 1996, p. 42).

elemento de análise. É preciso extremo cuidado para não confundir o formalismo weinribiano com essa versão mais restrita do formalismo como teoria da interpretação que privilegia o texto normativo. Uma boa visão das diferentes correntes do formalismo na tradição de *common law*, inclusive do formalismo weinribiano, pode ser encontrada na coletânea de artigos organizada por Rodriguez (2011). Importante notar que, com relação a essa visão “tradicional” do formalismo, o panorama é um pouco distinto no Brasil e nos países da tradição romano-germânica. Neles, afirma Rodriguez (2011, p. 8), o formalismo é a visão corrente sobre interpretação e raciocínio jurídico pelo menos no que se refere à maior parte dos campos dogmáticos (direito penal, tributário, civil, administrativo, comercial, processual, etc.). Verifica-se um crescente antiformalismo em direito constitucional e no chamado “direito civil constitucional”. No campo da teoria do direito, é possível afirmar que não há necessariamente uma preponderância de estudos e pesquisas formalistas.

¹² Essa percepção de Patterson, de que uma teoria jurídica como o formalismo weinribiano está, até certo ponto, fora de moda, é confirmada por textos que tratam do formalismo jurídico numa perspectiva histórica. É o que se observa na breve reconstrução da história do formalismo no direito apresentada por Duncan Kennedy (2011, p. 15-24) ou na crítica de Brian Tamanaha (2011, p. 25-64) acerca da perda do sentido da ideia de um direito que possui integridade em prol de uma visão instrumentalista do direito que ameaça a própria concepção de Estado de Direito. Nem Kennedy, nem Tamanaha estão se referindo especificamente à teoria formalista elaborada por Ernest Weinrib, mas ambos identificam que esse tipo de concepção do direito perdeu terreno no século XX e que essa situação não parece estar sendo alterada no presente século.

Weinrib afirma que a separação entre direito e política pode e deve ser defendida, pois dela depende a possibilidade de se compreender o direito como um locus de racionalidade autônoma. Para ele, a autonomia do direito só pode ser mantida, ou mesmo só pode ser percebida e compreendida, se buscarmos entender o direito em seus próprios termos, isto é, por meio de uma metodologia que acesse e analise o material jurídico internamente. Para aqueles que rejeitam a ideia de que o direito é autônomo e dotado de uma racionalidade própria em relação a outros empreendimentos normativos, o formalismo weinribiano representa um desafio a ser superado. Teóricos críticos, pragmáticos, realistas, interpretativistas e positivistas: segundo Weinrib, todos estão equivocados na forma como buscam compreender o direito, isto é, em suas bases epistemológicas. Segundo ele, o direito pode e deve ser entendido estritamente em seus próprios termos (internamente), e o fracasso em assumir a perspectiva formalista torna o direito ininteligível¹³.

Além disso, muito antes de articular uma completa teoria formalista do direito e se firmar como um relevante teorizador do tema da racionalidade jurídica, Weinrib já havia se estabelecido como um importante teórico da responsabilidade civil¹⁴ dentro do ramo que, na tradição do *common law*, se convencionou chamar de “filosofia do direito privado”¹⁵. Isso porque, dentro do movimento de reação à análise econômica do direito, iniciado em 1970, Weinrib despontou como uma das principais vozes a defender que a característica mais importante da responsabilidade civil,

¹³ O que Weinrib pretende expressar, quando afirma que, nesses casos, o direito é ininteligível, não é que o discurso não faz sentido para o receptor da mensagem, isto é, que se trata de um *nonsense* ou que falte alguma habilidade por parte do receptor — por exemplo, ser fluente na língua do emissor. Para Patterson, a afirmação de Weinrib é normativa, e não descritiva. Assim, os argumentos acerca da responsabilidade civil expostos por teóricos da análise econômica do direito são perfeitamente inteligíveis, no sentido anteriormente descrito; eles podem ser entendidos pelo receptor. Digamos que um teórico formalista ou qualquer outra pessoa razoavelmente versada em direito e com um conhecimento básico de economia não encontrará grandes problemas em entender os enunciados do livro *Direito e economia*, de Cooter e Ulen (2010). A questão é que, dado que a análise econômica do direito se utiliza de argumentos externos ao direito para justificá-lo, estes deveriam ser considerados irrelevantes para a compreensão do direito, visto que incorretos (PATTERSON, 1996, p. 34).

¹⁴ Em seus primeiros escritos, Weinrib apresenta os argumentos iniciais para a elaboração de uma fundamentação filosófica para a responsabilidade civil baseada no conceito de culpa do agente causador do dano (*negligence law*): a ideia de justiça corretiva e a tese da fundamentação da normatividade do direito no princípio kantiano de direito. Sobre esses primeiros escritos, ver especialmente Weinrib (1983, 1985).

¹⁵ Para exemplos de obras de “filosofia do direito privado”, ver Coleman (1994) e Lucy (2007). Especificamente acerca da filosofia da responsabilidade civil, ver Owen (1995).

desconsiderada pela análise econômica do direito, é a relação distintiva que se estabelece entre ofensor e ofendido ligados por um mesmo dano, um como o autor e o outro como a vítima, e que essa relação é explicada pela categoria da justiça corretiva.

Sua teoria também é uma reação a outro movimento importante nos Estados Unidos que, como uma alternativa à análise econômica do direito, procurava considerar a responsabilidade objetiva (*strict liability*) — e, portanto, arranjos distributivos — como a categoria de base para a organização de todo o sistema de responsabilidade civil, com o objetivo de torná-lo mais racional e justo¹⁶. A defesa de Weirrib de que a justiça corretiva é a categoria que dá sentido e racionalidade ao sistema de responsabilidade civil, visto que explica a sua estrutura, emerge como uma resposta a essas duas formulações teóricas distintas das alternativas da responsabilidade civil. Assim, sua centralidade e seu pioneirismo no estudo dos fundamentos teórico da responsabilidade civil já seriam razões suficientes para estudá-lo.

No entanto, essas não são as únicas razões a justificar a presente escolha. No final da década de 1980, Weinrib começa a elaborar sua teoria formalista do direito e a se debruçar sobre o tema da racionalidade jurídica mais diretamente, conectando-os a sua concepção de que não só a responsabilidade civil, mas todo o direito privado estaria fundamentado na forma da justiça corretiva e de que as demais áreas do direito seriam compreendidas com base na categoria da justiça distributiva. Se a elaboração da teoria de fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva foi motivada, em parte, por uma reação à análise econômica do direito, que não via um conteúdo especificamente jurídico a ser atribuído aos conceitos jurídicos, mas enxergava a possibilidade de estruturar a prática a partir da racionalidade econômica, a teoria formalista do direito busca responder também ao desafio cético, especialmente na vertente dos estudos críticos do direito (*critical legal studies*)¹⁷.

¹⁶ Sobre o trabalho seminal no debate de *common law* em defesa de um sistema organizado em torno da responsabilidade objetiva, ver Epstein (1973).

¹⁷ *Critical legal studies* (estudos críticos do direito) foi um movimento teórico que floresceu nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos. Não se trata de um corpo totalmente definido de teses, mas possivelmente a principal delas seja a de que o direito é indeterminado. Para Roberto Mangabeira Unger, um dos principais nomes desse movimento, isso significa que a justificação

Diante desse quadro, a obra de Weinrib apresenta uma concepção de racionalidade jurídica em conexão com uma fundamentação da responsabilidade civil que é algo pouco explorado no Brasil, apesar de nossa ampla e longa tradição de dogmática de direito privado^{18 19}.

Como a articulação entre teoria do direito e fundamentação do direito privado — o que, na tradição de *common law*, se tem chamado de “filosofia do direito privado” — ainda é um campo a ser desbravado por pesquisadores brasileiros, considero que a obra de Weinrib, como pretendo mostrar ao longo da tese, nos lega um conjunto relativamente reduzido de ideias importantes para se pensar a racionalidade da responsabilidade civil, especificamente as ideias da forma da justiça corretiva e da forma da justiça distributiva.

Ao mesmo tempo, a tese também tem por objetivo apontar alguns problemas nessa articulação. Tenho como hipótese que os principais problemas da teoria de fundamentação da responsabilidade civil estão diretamente ligados a erros e inconsistências da teoria formalista. Esse é um alerta — quase um exercício pedagógico — para esclarecer as dificuldades e as implicações de se tentar transitar nesse campo — *jurisprudence* — que se afasta da dogmática jurídica tradicional, mas

jurídica é a expressão de posições políticas entrincheiradas e não explicitadas mas que estão presentes no direito. Sem uma teoria política que guie o direito, o raciocínio jurídico fica “[...] condenado a um jogo de analogias fáceis.” (UNGER, 1983, p. 570, tradução minha). No original: “[...] condemned to a game of easy analogies.” Da constatação de que a responsabilidade civil, especialmente o ramo dos acidentes pessoais (*accident law*), era uma prática que gerava incoerências vistas como insuperáveis ou de difícil superação, os *crits*, como também são chamados esses teóricos, formularam propostas de reforma do sistema de responsabilidade civil (*accident law*) e até de sua abolição completa e substituição por esquemas coletivos de seguro social. Nesse sentido, ver Sugarman (1985). Uma introdução o movimento dos estudos críticos do direito é apresentada por Godoy (2005).

¹⁸ Uma exceção é a investigação de Michelon Jr. (2006) sobre as fontes restitutórias no Código Civil de 2002, especialmente enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios.

¹⁹ Segundo Adams, o debate contemporâneo de teoria do direito está dominado por duas posições antagônicas: a dos céticos, que procura expor os compromissos conceituais e normativos de cada uma das subáreas do direito e questiona a integridade desses procurando mostrar que são o resultado da incorporação de ideologias incoerentes e moralmente sem fundamentos, e a dos apologistas, que contestam a afirmação de que o direito é incoerente e buscam resgatar o direito do nihilismo cético mostrando que o direito é um corpo autônomo e racional e total ou relativamente insulado do debate político (ADAMS, 1990, p. 69-70). Os céticos são representados pelo já citado movimento dos estudos críticos do direito (*critical legal studies*), enquanto os apologistas são representados, dentre outros, por Ronald Dworkin, possivelmente o apologista mais ilustre da teoria do direito contemporânea, Owen Fiss, David Richards e Ernest Weinrib (ADAMS, 1990, p.70).

que, ao mesmo tempo que trabalha as grandes questões filosóficas gerais acerca do direito, como a questão da racionalidade, da autonomia e da relação com a política e a moral, tenta dar conta também de áreas mais restritas do direito, como direito privado, direito criminal, etc.

Por fim, ainda que esse exercício intelectual pareça interessante, uma objeção possível à escolha do pensamento jurídico de Ernest Weinrib como objeto deste trabalho pode surgir do fato de se tratar de um filósofo do direito que escreve com base em uma tradição jurídica distinta da brasileira e, portanto, pouco útil para se compreender qualquer problema ou desafio especificamente brasileiro com relação ao direito e à responsabilidade civil. Embora, em seu conjunto, a tese seja um esforço para demonstrar que essa objeção não se sustenta, vale apresentar, nesta INTRODUÇÃO, ao menos um argumento indicativo do porquê.

Defendo que o fato de Weinrib escrever com base na tradição jurídica do *common law* — e, especialmente, com exemplos tirados do sistema de responsabilidade civil dos Estados Unidos, do Canadá e da Inglaterra — não torna seu argumento menos interessante para um país como Brasil, de tradição civilista e direito positivado, porque, como buscarei esclarecer, o formalismo pretende ser uma teoria geral do direito em dois sentidos relevantes.

Trata-se de uma teoria do direito porque, embora o autor se concentre no direito privado, pretendo mostrar que o formalismo, ao menos em tese, pode fornecer uma compreensão ampla do direito nos sistemas jurídicos contemporâneos, inclusive do direito público. Ademais, trata-se de uma teoria geral do direito, no sentido de ser uma teoria que pretende apresentar a melhor ferramenta²⁰ para se compreender o que o direito é. Na verdade, segundo Weinrib, o método filosófico formalista é a única forma de se compreender como o direito é, isto é, de se chegar a um conhecimento seguro sobre o material jurídico, por se tratar da única maneira garantida de se entrar em contato com o objeto sob análise.

²⁰ Uso o termo “ferramenta” em sentido vulgar apenas para reforçar a ideia de que, para Weinrib, o formalismo é uma teoria que envolve premissas epistemológicas e metafísicas, bem como um método que se aplica a diferentes contextos jurídicos.

Assim, a questão relevante aqui é que, ao menos do ponto de vista teórico, a teoria formalista do direito pode servir como uma teoria analítica para entender qualquer ordenamento jurídico específico, inclusive o brasileiro. Ainda que esta tese não se proponha a analisar a responsabilidade civil brasileira à luz da teoria formalista de Weinrib, a possível utilidade do formalismo como ferramenta analítica não pode ser perdida de vista²¹.

Weinrib expressamente abre essa possibilidade quando conecta a ideia de “sistemas jurídicos sofisticados” com a de coerência interna, basilar para a epistemologia formalista. Ele afirma que os principais sistemas jurídicos observáveis na atualidade, tais como *common law*, *civil law*, sistema romano e lei talmúdica, podem ser definidos como “sistemas jurídicos sofisticados”. Para ele, a marca da sofisticação de um sistema jurídico é a valorização da aspiração à coerência interna do sistema, ainda que essa ambição nunca se realize integralmente e definitivamente na realidade jurídica concreta de nenhum sistema jurídico particular (WEINRIB, 1988, p. 966-977). Portanto, para ele, o sistema de *civil law* preenche esse requisito de sofisticação da mesma forma que o de *common law*, e não haveria nenhuma razão para que não fosse possível utilizar as bases epistemológicas e o método formalista para analisar o fenômeno jurídico em sistemas jurídicos de *civil law*. Em verdade, ele argumenta que nos países da tradição de *civil law* a pretensão de coerência esteve explícita no ideário das codificações, que ainda desempenha um papel relevante nessa tradição jurídica (WEINRIB, 1988, p. 966)²².

²¹ Falo em termos de possibilidade não porque, em termos práticos, algum estudioso não possa levar a cabo uma análise da responsabilidade civil, dos contratos ou de outro instituto jurídico do direito brasileiro à luz do formalismo; coloco em termos condicionais apenas para ressaltar que eventuais erros e inconsistências do formalismo que sejam investigados nesta tese deverão ser levados em consideração caso outros estudiosos se proponham a realizar esse exercício.

²² Nesse ponto, defendo que se deve levar a sério a advertência de James Gordley na introdução de seu livro *Foundations of Private Law* (2006). Ele desenvolve um elaborado estudo sobre o direito privado fazendo uso de método comparado para fundamentar a tese de que o direito desenvolvido no Ocidente — portanto, tanto em *common law* como em *civil law* — é mais bem explicado com base nos princípios (os “fundamentos” a que o título faz referência) recebidos da tradição aristotélica. Ainda que seu percurso e seu método sejam completamente diferentes dos de Weinrib, ele faz a seguinte advertência, útil para os propósitos desta tese: “[...] sociedades semelhantes enfrentam problemas semelhantes. Ademais, a maioria dos países os está enfrentando com ferramentas comuns forjadas no Ocidente, primeiro pelo romanos e hoje em uso por todo o mundo. Assim, eles enfrentam problemas similares a respeito do modo de usar essas ferramentas [...] Acredito que [...] os juristas dos chamados ‘sistemas’ [jurídicos nacionais] estão lutando com problemas comuns, guiados por concepções similares vislumbradas de forma vaga, mas não

Todavia, para que essa possibilidade teórica seja concretizada e seja útil, é necessário determinar se o formalismo é, de fato, uma maneira adequada de se entender o fenômeno jurídico. Mas, na medida em que a tese de Weinrib estiver correta, nada impede que os “materiais jurídicos”²³ de outros sistemas jurídicos sofisticados sejam analisados e criticados nos mesmos moldes dos estudos desenvolvidos por Weinrib em relação aos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, do Canadá e da Inglaterra.

Para que isso seja possível, este estudo está orientado para a investigação acerca do que é fazer uma boa teoria do direito. Isto é, como a formação de um conceito de direito, com base em uma determinada teoria do direito, com determinadas premissas epistemológicas e metafísicas, explícitas ou não, afeta a maneira como concebemos e em que fundamentamos as grandes categorizações dentro do direito, como as divisões entre direito público e privado, a concepção de áreas específicas do direito, como direito penal e direito civil, ou suas subdivisões, como contratos, responsabilidade civil e outras tantas em que possamos pensar.

Essa questão pode parecer banal, pois é evidente que existe uma conexão entre um determinado conceito de direito expresso por uma teoria geral do direito e concepções de ramos específicos do direito — por exemplo, no caso do objeto desta tese, um determinado conceito de responsabilidade civil objetiva. Todavia, normalmente não consideramos que diferentes teorias estejam igualmente autorizadas a explicar o que é o direito e a elaborar um conceito de direito. Qualificamos teorias

expressadas claramente em seus sistemas jurídicos nacionais. Se estiver certo, então, podemos aprender muito observando a maneira como outros enfrentaram problemas similares... Veremos que, às vezes, regras diferentes são meios diferentes para obter os mesmos resultados.” (GORDLEY, 2006, p. 3, grifo e tradução meus). Observação semelhante é traçada por Rodrigues (2011) em coletânea de artigos do debate norte-americano sobre formalismo traduzidos para o português. Diz ele que não vale a pena colocar muita ênfase nas diferenças entre as famílias romano-germânica e da *common law* e, especialmente, que seria um equívoco não dialogar filosoficamente com uma tradição distinta da brasileira apenas com base nessa ideia de diferença entre tradições jurídicas, pois, “[...] a aproximação estrutural entre as famílias [...] favorece o desenvolvimento de um pensamento filosófico comum [...] afora talvez o estilo da escrita, os problemas enfrentados pelos textos são muito semelhantes aos nossos.” (RODRIGUEZ, 2011, p. 9).

²³ Como exponho detalhadamente no capítulo 2, aquilo que é considerado direito para o formalismo não está restrito ao direito positivo. Weinrib utiliza a expressão “materiais jurídicos” (*juridical materials*) para abarcar todas as manifestações do fenômeno na prática, que são mais amplas do que o direito positivo, incluindo também o arcabouço jurídico-institucional e os conceitos e princípios doutrinários.

como boas ou ruins, consistentes ou confusas, conforme confrontamos nossas concepções de direito com a teoria em apreço. Alguns até desqualificam o próprio trabalho teórico e afirmam que tudo que importa é o direito tal como ocorre na prática.

Pois então, preliminarmente, devemos satisfazer uma condição para a análise de qualquer teoria do direito, incluindo o formalismo de Ernest Weinrib, que é apontar razões por que devemos elaborar e discutir teorias do direito. A ideia central que norteia esse trabalho preliminar é que teorias do direito importam para a elaboração de fundamentações de áreas específicas do direito, como direito tributário, administrativo, dos contratos, responsabilidade civil, penal, etc.

É importante levar em consideração que poucas correntes teóricas foram tão criticadas ao longo da história do direito ocidental por serem consideradas mecanicistas, vazias ou conservadoras quanto o formalismo jurídico, em suas diferentes versões, incluindo a versão ora discutida. Assim, saber, em primeiro lugar, que tipo de teoria do direito o formalismo jurídico weinribiano pretende ser, quais as questões que pretende responder e quais problemas conscientemente pretende deixar de fora de sua análise é um passo necessário para acatarmos ou refutarmos essas duras opiniões normalmente dirigidas ao formalismo.

A teoria formalista do direito, portanto, pode ser utilizada como uma ferramenta crítica e avaliativa para analisar decisões, doutrinas e direito positivo brasileiro, desde que mantida sua orientação conceitual e abstrata. É importante deixar claro que se trata de uma teoria do direito e que, portanto, a preocupação de Weinrib não é dogmática, mas zetética (FERRAZ JR., 2003, p. 44-51). Seguindo a postura adotada por Weinrib, que entende que há uma racionalidade interna do direito que faz com que os conceitos e as regras jurídicas sejam dotados de significado especificamente jurídico, não faria sentido a utilização de “argumentos” formalistas da mesma maneira que são utilizados argumentos dogmáticos. Se colocados num arrazoado dirigido a um juiz, provavelmente esses “argumentos formalistas” poderiam colocar a parte numa situação de grande desvantagem, pois seriam estranhos ao linguajar dogmático e ao linguajar das próprias regras positivas e das decisões dos tribunais.

Dizer que um juiz não deve aplicar uma determinada regra de direito positivo porque ela é incoerente com a correta estrutura justificatória do direito privado baseado na forma da justiça corretiva está longe de ser um bom argumento a ser exposto numa peça processual, e esse tipo de “uso” do formalismo está longe de ser o que Ernest Weinrib propõe. Todavia, como pretendo esclarecer quando tratar das pretensões prescritivas do formalismo, no capítulo 3 desta tese, isso não significa que o juiz que aplique determinada norma positivada de maneira incoerente com essa estrutura justificatória não esteja cometendo um erro jurídico quando tal decisão é analisada no nível mais abstrato e geral que há, que é o nível das formas da justiça, para além das regras positivas, dos conceitos e dos princípios gerais.

Como apresentarei em detalhe no capítulo 2, esse nível geral e abstrato é, para Weinrib, parte integral do direito. Por essa razão também, ele considera que tachar um determinado ramo do direito ou decisão particular como “erro jurídico” é realizar uma crítica interna ao direito. A questão, para o formalismo, é que, especialmente legisladores e juízes, mas também doutrinadores que buscam dar sentido às regras de um sistema jurídico, devem ser coerentes, conforme o caso, com uma das duas formas da justiça: corretiva ou distributiva. Caso não sejam, as leis que aprovarem ou as sentenças que redigirem, ainda que válidas, serão erros especificamente jurídicos (internos ao direito). Essas afirmações só se sustentam, evidentemente, se as premissas da teoria formalista estiverem corretas. Assim, voltarei a esse ponto ao longo de toda a tese, mas especialmente nos capítulos 2, 4 e 5 do presente trabalho.

Em face dessa exposição preliminar das questões a serem abordadas nesta tese e das hipóteses que norteiam o trabalho, concluo esta introdução com um esclarecimento final. Não é minha pretensão apresentar uma crítica definitiva ao formalismo jurídico weinribiano, pois se trata de uma teoria complexa e que inclui ideias que não são objetivo dessa tese visto não ter relação direta com a questão da fundamentação da responsabilidade civil. O que pretendo é jogar luz sobre os pontos em que a teoria é capaz de auxiliar na compreensão das questões em jogo na fundamentação da responsabilidade civil e, ao identificar seus eventuais erros e suas inconsistências, buscar evidenciar os desafios que uma teoria alternativa precisa enfrentar. A fundamentação formalista da responsabilidade civil elaborada por Ernest

Weinrib é importante na agenda de pesquisa de qualquer teórico que se interesse por esse tema.

1.3 ESTRUTURA DA TESE

Esta tese está dividida em quatro capítulos, além desta introdução e da conclusão. No capítulo 2, seguinte, apresento as principais teses que sustentam a teoria formalista. Esse capítulo está orientado a fundamentar a hipótese de que o formalismo jurídico é de fato uma teoria geral do direito e não meramente uma teoria aplicável ao direito privado e à responsabilidade civil.

O objetivo geral do capítulo 3 é expor, do ponto de vista do debate metodológico contemporâneo em teoria do direito, que tipo de teoria o formalismo pretende ser. Para isso, apresento um panorama do debate metodológico em teoria do direito no mundo anglo-saxão, fazendo especial menção à consagrada divisão entre teorias jurídicas descritivas (teorias sobre o “ser”) e teorias jurídicas prescritivas ou normativas (teorias sobre o “dever-ser”) para, na sequência, expor as razões para considerar o formalismo jurídico uma teoria de descrição da normatividade implícita no direito e, no que se refere aos objetivos de avaliação e justificação do formalismo, uma teoria com uma clara dimensão prescritiva.

Esse terceiro capítulo está articulado para responder às seguintes questões: (i) por que discutir teoria é importante? (ii) o que é fazer boa teoria do direito? (iii) qual o significado da tradicional dicotomia entre teorias descritivas e prescritivas e onde o formalismo se localiza? e (iv) se há uma alternativa a essa dicotomia e como ela auxilia na compreensão da metodologia formalista?

No capítulo 4, o objetivo é explicar a relação entre o formalismo jurídico weinribiano e sua teoria de fundamentação da responsabilidade civil, focando dois aspectos da teoria formalista do direito de Weinrib que impactam diretamente na

concepção de responsabilidade civil por ele defendida. O primeiro é um aspecto positivo do formalismo: ele é capaz de explicar, com base na categoria da justiça corretiva, o tipo de ligação que se estabelece entre duas partes quando uma delas, por sua ação ou omissão, causa um dano a outra. Isto é, o formalismo weinribiano tem como mérito apresentar uma explicação mais plausível para o tipo de relação que se estabelece entre ofensor e ofendido na responsabilidade civil do que algumas abordagens instrumentalistas e funcionalistas, embora argumente que não do que todas elas, por meio da descrição da estrutura da relação entre as partes e da normatividade imanente a essa relação, pois, no formalismo, o direito é visto com um lócus de racionalidade imanente.

O segundo aspecto, no entanto, é negativo. A tese tratará de determinar os erros que fazem do formalismo weinribiano uma teoria do direito incapaz de gerar uma fundamentação satisfatória para o conjunto das práticas de responsabilidade civil. Essa incapacidade teórica será analisada com base no caso da responsabilidade objetiva, que Ernest Weinrib classifica como incoerente com a forma da justiça corretiva por incorporar elementos de justiça distributiva e, portanto, como um erro jurídico (ou “monstruosidade conceitual”²⁴).

Diante disso, o quarto capítulo está orientado a responder às seguintes questões: (i) o que exatamente significa dizer que a responsabilidade objetiva é incoerente? e (ii) quais são as implicações dessa afirmação? Essas questões estão diretamente ligadas a uma das hipóteses da tese: de que o problema fundamental do formalismo weinribiano está na adoção de um critério estrito de coerência que gera a tese da incomunicabilidade entre as formas de justiça corretiva e distributiva.

Como, na visão formalista, os elementos fundamentais que formam a concepção de responsabilidade objetiva não se encaixam perfeitamente em nenhuma das categorias abstratas e gerais que organizam o conhecimento (a intelecção) das

²⁴ Nesse ponto, Weinrib segue o filósofo inglês Michael Oakeshott, para quem há dois sentidos diferentes de se conceber algo. O primeiro sentido diz respeito ao que pode, como uma questão meramente psicológica, ser imaginado pela mente humana. O segundo diz respeito ao que pode ser compreendido como uma unidade coerente. Uma monstruosidade conceitual, nesse sentido, é algo que é concebível no primeiro sentido, isto é, é algo que pode ser imaginado pela mente humana, mas ao qual o segundo sentido não se aplica (OAKESHOTT, 1933 apud WEINRIB, 1988, p. 969-970).

relações jurídicas, Weinrib, para se manter fiel ao critério de coerência imposto pelo formalismo, é levado a adotar uma estratégia de segregação: a responsabilidade objetiva é rotulada como um erro jurídico, já que não se encaixa na classificação canônica de responsabilidade civil que, conforme a argumentação formalista, é representada pela responsabilidade baseada na culpa (*negligence law*). Ademais, exporei as razões para ele rechaçar a possibilidade de substituir o atual critério organizador do sistema de responsabilidade civil — que, segundo ele, é o conceito de culpa — por um sistema todo organizado em torno da responsabilidade objetiva.

O cerne da questão é determinar se a total vedação a qualquer combinação entre as racionalidades da justiça corretiva e da justiça distributiva, conforme defendido por Weinrib, é uma posição teoricamente defensável. A conclusão de que a responsabilidade objetiva é um erro jurídico é uma consequência da tese da incomunicabilidade. Este capítulo prepara a discussão para o Capítulo 5, no qual argumento que Weinrib não é capaz de demonstrar a necessidade de se adotar a premissa da inteligibilidade imanente como o único ponto de vista efetivamente interno ao direito e que permite ao teórico entrar em contato com seu objeto, tampouco do critério estrito de coerência por adotado no formalismo e, portanto, que a tese da incomunicabilidade — que veda a combinação das racionalidades corretiva e distributiva pode — pode ser abandonada

Nessa linha, no capítulo 5, discuto se essa estratégia de segregação é a única possível. Isso porque o paradigma da inteligibilidade imanente, combinado com o critério estrito de coerência, gera essa vedação ao hibridismo (tese da incomunicabilidade entre aspectos distributivos e corretivos). Sustento, nesse capítulo, que Weinrib não demonstra por que essas premissas seriam necessárias. Ao contrário, sua adoção faz com que as consequências normativas da teoria sejam destituídas da vitalidade necessária para engajar teóricos e reformadores do direito, ainda que estes, corretamente, aceitem algumas outras postulações do formalismo e até mesmo utilizem as categorias formais sugeridas pela teoria formalista para, com proveito, compreender as racionalidades que podem estar subjacentes aos arranjos de responsabilidade civil. Argumento, em conclusão, que as premissas da inteligibilidade imanente e da coerência (tese da incomunicabilidade) geram situações que, ao invés de permitirem a inteligência, como pretende o formalismo jurídico, se tornam

impedimentos à boa inteligência de partes do direito, inclusive da responsabilidade objetiva.

6 CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi analisar a relação entre o formalismo jurídico — teoria geral do direito elaborada por Ernest Weinrib — e a teoria mais específica e localizada que ele desenvolveu para explicar os fundamentos da responsabilidade civil enquanto uma subárea do direito privado, considerado por ele um campo inteligível com base na estrutura justificatória da justiça corretiva, ou “forma da justiça corretiva”.

O objetivo geral do trabalho era compreender de que maneira a teoria formalista do direito determina a posição assumida por Weinrib acerca da responsabilidade civil e como e por que ele chega à conclusão de que a responsabilidade objetiva é um erro jurídico.

A principal hipótese do trabalho era que a rotulação da responsabilidade objetiva como erro jurídico era uma decorrência direta da aplicação de duas premissas básicas do formalismo: a premissa de que a inteligibilidade imanente é um paradigma para a compreensão do direito e a premissa de que a coerência estrita às estruturas representadas pelas formas da justiça é o critério de verdade do formalismo.

Com base nisso, o trabalho se desenvolveu seguindo as seguintes etapas. No capítulo 2, apresentei as principais teses que explicam as características, os objetivos e o escopo do formalismo jurídico. No capítulo 3, analisei como o formalismo jurídico se posiciona no debate contemporâneo sobre metodologia na teoria do direito e, assim, como o caráter avaliativo e justificatório da teoria formalista fazem dela uma teoria prescritiva do direito. No capítulo 4, uni algumas das discussões do capítulo 2 — sobre as principais teses formalistas — e do capítulo 3 — sobre o seu caráter avaliativo e justificatório — para avaliar a relação entre a teoria formalista e a posição weinribiana de fundamentação da responsabilidade civil e de definição da responsabilidade objetiva como erro jurídico. Por fim, no capítulo 5, discuti

criticamente as premissas da inteligibilidade imanente e da coerência que, argumentei, explicam a equivocada posição do formalismo jurídico de exclusão conceitual da responsabilidade objetiva do âmbito do direito privado. Com base nas conclusões parciais alcançadas ao longo dessas etapas, finalmente, concluo o que segue.

O formalismo jurídico weinribiano difere das visões tradicionais do formalismo, pois, embora defenda a clássica tese da separação entre direito e política e proponha olhar para o direito como um lócus de racionalidade autônoma, o faz com base em uma visão muito particular do que significa assumir um ponto de vista interno ao direito necessário para conhecê-lo corretamente, isto é, o faz com base em uma teoria do conhecimento a que ele nomeia “inteligibilidade imanente do direito” e que, segundo argumenta, lhe permite focar, com segurança, apenas nos elementos estruturais que compõem a racionalidade própria do direito.

Ademais, embora Ernest Weinrib tenha escrito quase exclusivamente sobre direito privado, o desenvolvimento do formalismo jurídico é um projeto teórico ambicioso e amplo, e Weinrib o considera uma teoria geral do direito. Essa pretensão de fazer uma teoria geral fica um prejudicada pela insuficiência do desenvolvimento do argumento de que o direito público é o campo, por excelência, da forma da justiça distributiva e pela ausência de demonstração do modo como as relações mediatas e multipartes características dessa estrutura justificatória poderiam auxiliar na compreensão e no desenvolvimento das áreas que, imagino, seriam cobertas por ela, como o direito tributário e o direito administrativo.

A dicotomia entre justiça corretiva e justiça distributiva e o afunilamento que o formalismo propõe ao definir a relação jurídica como elemento básico de análise, mas dando especial ênfase às relações jurídicas quando chegam ao poder judiciário, é, por si só, problemática.

Se é difícil determinar a vantagem de se visualizar o direito público por essa lente — mesmo no direito privado, no qual Weinrib considera que o formalismo é especialmente esclarecedor —, o foco na relação jurídica — e, especialmente, nas ações de responsabilidade — se mostra um equívoco.

O direito privado, para o formalismo, é composto de três áreas — contratos, direito restitutivo e responsabilidade civil —, e a razão para essa definição mínima de direito privado, excluindo direito de família, sucessões, fideicomissos e direito de propriedade, é que o formalismo escolhe explicar o direito privado pelo fenômeno da responsabilização, enxergando-o pelo prisma da relação que se estabelece entre duas partes quando há uma razão para iniciar uma ação de responsabilidade, ou seja, quando há quebra de um contrato, quando há enriquecimento sem causa de uma parte à custa de outra ou quando há um dano que uma parte causa, por sua ação, a outra.

Se o formalismo é uma teoria que procura trazer à luz as racionalidades implícitas no direito e se estas são representadas pela forma da justiça corretiva e pela forma da justiça distributiva, ele enxerga no direito privado elementos como bipolaridade, imediatidade da relação entre as partes, igual capacidade para direitos e deveres e outros que, tomados em conjunto, parecem expressar a forma da justiça corretiva, considerando-se o recorte fenomenológico já executado previamente com a escolha da relação jurídica como elemento básico de análise.

No entanto, esse foco esconde tensões que o formalismo simplesmente ignora. Uma delas diz respeito ao direito de família. Weinrib simplesmente não trata do assunto e não é à toa que restringe a análise formalista em termos da justiça corretiva apenas a contratos, responsabilidade civil e direito restitutivo.

No direito de família, os deveres que os indivíduos guardam entre si não se encaixam nesse modelo de relação jurídica bipolar, imediata e estruturada pela forma da justiça corretiva. São deveres de pessoalidade, reciprocidade, solidariedade, auxílio e não abandono e até de afetividade — pois há doutrinadores e julgados que definem que os pais podem ser responsabilizados não apenas pelo abandono material, mas também psicológico e afetivo dos filhos —, que têm não apenas uma dimensão distributiva, mas também são fortemente condicionados pela moralidade pública. A relação jurídica entre pais e filhos e entre cônjuges não pode ser descrita apenas sob o prisma da responsabilização; e mesmo quando isso ocorre, como numa ação de alimentos, uma explicação que a reduza à ideia de que o pai deve indenizar o filho em função de um dano causado pela recusa daquele a prover alimentos a este implica perder de vista outras dimensões normativas que afetam a inteligência da relação na

esfera jurídica e que a estrutura formal corretiva não capta. Encaixar o direito de família na estrutura distributiva, embora pareça mais consentâneo com a ideia de solidariedade, também parece estranho se se pensar que, no formalismo, a estrutura distributiva é a estrutura subjacente ao direito público. Assim, também não é possível afirmar que o direito de família encerre a mesma racionalidade que áreas do direito público, como direito administrativo ou tributário.

Seria consentâneo com sua inteligência pelas formas da justiça, proposta pelo formalismo, concluir tanto que o direito de família deve ser parte do direito público — dada a racionalidade distributiva que informa muitas de suas regras e muitos de seus princípios constitutivos e que extrapola a relação imediata entre os envolvidos, envolvendo o interesse de toda a comunidade, especialmente no que concerne à proteção dos filhos menores — quanto que pode ser parte do direito privado — dado que a estrutura da relação jurídica, quando levada à análise judicial (pais e filhos, maridos e esposas, etc.), parece se adequar à forma da justiça corretiva de bipolaridade e imediatidade. Nenhuma dessas soluções, no entanto, capta a intencionalidade ou os valores que explicam essas regras e esses princípios, colocando em xeque o efetivo potencial explicativo atribuído por Weinrib ao formalismo.

Além do direito de família, que Weinrib não discute, o que verifiquei é que é preciso, no mínimo, cautela na análise das áreas do direito privado que o formalismo pretende explicar. O direito contratual traz inúmeros exemplos de contratos em que as abstrações da bipolaridade e a imediatidade da relação corretiva são um equívoco.

Os contratos de seguro são exemplos da aplicação da racionalidade formal da justiça distributiva no mundo contemporâneo, e não da racionalidade da justiça corretiva. Esses contratos permitem a formação de grupos de pessoas que não se conhecem, que não estão em relação imediatas umas com as outras, mas que se solidarizam em razão de um objetivo comum — em geral, usufruir, por meio do compartilhamento dos custos e do ônus de possíveis perdas entre todos, de certos benefícios que um contratante não conseguiria gozar plenamente sozinho. Exemplos que ilustram essa situação são os contratos de seguro de saúde e também de seguros contra acidentes pessoais.

Observei que, diante das pretensões prescritivas do formalismo jurídico weinribiano, conforme conclusão parcial elaborada no capítulo 2, Weinrib poderia argumentar que esses contratos são incoerentes com a forma da justiça corretiva que informa o direito privado e, portanto, no limite, a dimensão prescritiva do formalismo imporia a não criação de novos contratos desse tipo ou a sua exclusão do âmbito do direito privado, passando para o campo do direito público, onde já se encontram esquemas compulsórios de solidariedade, como o seguro obrigatório de veículos e o sistema geral de previdência social.

Todavia, essa solução gera uma distorção que enfraquece o apelo do formalismo. Os indivíduos que aderem voluntariamente a esses grupos de solidarização, por meio desses contratos, sabem que o contrato envolve uma relação jurídica entre ele, indivíduo que decide aderir ao fundo, e a empresa que o administra; portanto, existe uma maneira de olhar esses contratos que se encaixa na estrutura corretiva. Todavia, o mesmo contrato tem outra dimensão implícita, pois, ao aderir a um fundo desse tipo, cada contratante passa a participar de uma relação mediata com todos os demais contratantes que tomaram a mesma decisão.

A primeira relação, entre o segurado-contratante e a seguradora-contratada, tem uma estrutura corretiva; é possível isolar essa relação jurídica contratual e afirmar que se trata de uma relação bipolar e imediata entre duas partes dotadas de interesses distintos, mas esse olhar não é capaz de captar a intencionalidade implícita nesse contrato. Assim, olhar apenas para as relações jurídicas contratuais individualizadas é, nesses casos, contar apenas uma parte da trama. Há outra dimensão desses contratos que envolve não apenas as relações contratuais individualizadas, mas a consideração do que elas representam em conjunto e a constatação de que envolvem todos os outros indivíduos que também aderiram ao grupo de solidarização e que estão em relação mediata entre si. Essa outra parte da trama diz respeito à intencionalidade das partes envolvidas ao criar esses fundos, que é distributiva. A estrutura subjacente ao conjunto de contratos individuais desse tipo pode ser considerada a expressão da justiça distributiva.

A dimensão de solidariedade implícita nesses contratos é perseguida pelos envolvidos. Eles só têm suas expectativas atendidas e compreendidas se o teórico que

se propuser a explicá-las for capaz de perceber que a moralidade nela implícita tem uma dimensão distributiva, sem a qual ela deixa de ser o que é. Weinrib provavelmente afirmaria que os contratos desse tipo não são propriamente parte do direito privado, visto imiscuírem de maneira espúria questões distributivas na estrutura corretiva, gerando uma incoerência conceitualmente inaceitável. Todavia, o ponto é que compreender certos contratos, como os contratos de seguro, tendo como parâmetro o contrato descontínuo entre Caio e Tício — isto é, como o contrato promessa típico, que coerentemente concretiza os elementos da justiça corretiva — é um equívoco. O foco da análise apenas na relação jurídica entre as partes A e B não permite perceber que existem outras partes — B₂, B₃, B₄, ... B_n — que estão em relações imediatas do mesmo tipo com A e em relação mediata com B.

Conforme a conclusão preliminar traçada no capítulo 4, uma conclusão similar pode ser construída para a responsabilidade objetiva. Para um autor formalista, a responsabilidade objetiva será considerada um animal híbrido; os afetados pelas regras de responsabilidade objetiva estão numa relação mediata entre si, pois essas regras criam formas de solidarização compulsória, mas a estrutura de adjudicação une apenas duas partes: agente e vítima. O exemplo que citei foi da responsabilização no direito do consumidor. Todos que são consumidores são compulsoriamente solidarizados em função da regra positiva que define a responsabilidade objetiva do fabricante ou do vendedor do produto. O custo das indenizações é, no tempo, absorvido por todos os consumidores, mas, quando há um dano, aquele consumidor afetado somente precisa comprovar o dano para receber a indenização. A *rationale* é distributiva, mas a regra está inserida num arcabouço institucional característico da justiça corretiva. O consumidor afetado vai ao poder judiciário buscar a satisfação de seu dano apenas contra o fabricante ou o vendedor.

A importância de saber que o formalismo é uma teoria prescritiva (avaliativa e de justificação) reside na ideia de que a mera confrontação da teoria formalista com a presença da responsabilidade objetiva na prática não encerra a discussão. Ao contrário, nada impede que o formalista sustente que a prática está totalmente errada; embora não afirme algo tão forte textualmente, essa é uma interpretação possível.

Weinrib mais uma vez poderá afirmar que a responsabilidade objetiva faz parte do direito privado apenas porque é assim que as pessoas “falam” ou porque autoritativamente e erroneamente o direito positivo assim impôs, mas que, como é incoerente com a forma da justiça corretiva, não deveria ser parte do direito privado. Provavelmente, deveria ser deslocado para o direito público.

Já que a teoria formalista é prescritiva, concluo que é necessário criticá-la com base em um critério teórico, ou seja, é preciso apresentar razões teóricas para fundamentar a alegação de que a posição formalista acerca da responsabilidade objetiva é teoricamente equivocada.

A primeira razão discutida neste trabalho é que, do ponto de vista teórico, é possível observar semelhanças significativas entre responsabilidade com culpa e responsabilidade objetiva. Elementos que o próprio Weinrib destaca como fundamentais para a inteligência do direito privado ajudam a enxergar essas semelhanças como, sobretudo, o elemento da imediatidade da relação entre o agente causador do dano e a vítima.

A teoria formalista seria mais adequada para a compreensão da responsabilidade objetiva se a inteligência pela forma não estivesse atrelada ao pressuposto da inteligibilidade imanente. Weinrib atribui à inteligibilidade imanente um poder explicativo que o direito de família, os contratos e a responsabilidade objetiva desafiam.

A aplicação do método de conhecimento proposto de inteligibilidade imanente dos fenômenos jurídicos, combinada com a concepção estrita de coerência — tese da incomunicabilidade — pressuposta no formalismo, faz com que enxergar a dimensão distributiva dos contratos de seguro ou da responsabilidade objetiva equivalha a aplicar uma visão “externa” ao direito privado, impor critérios morais que provêm de fora de sua estrutura. Ao equiparar pelo mínimo todas as teorias que defendem premissas diferentes das duas supramencionadas, considerando todas elas sem fazer distinções versões do funcionalismo/ instrumentalismo que rechaça, Weinrib não fornece um bom critério para distinguir entre teorias que distorcem a descrição da natureza dessas relações privadas e não levam a sério o raciocínio e o discurso

jurídico — como aquelas que desconsideram a relação que se forma entre autor e réu — e teorias que levam a sério as categorias, os conceitos e o discurso jurídico mas que procuram integrar a dimensão intencional e valorativa por trás de certas regras e princípios e consideram que a análise apenas sob o prisma das relações jurídicas individualizadas é demasiadamente restritiva.

No capítulo 5, concluí que a fonte desses equívocos remonta à premissa da inteligibilidade imanente — que contrariamente à pouco fundamentada tentativa weinribiana de diferenciar o formalismo do essencialismo, encerra uma visão essencialista do conhecimento do fenômeno jurídico — e à premissa da coerência como critério de verdade e da consequente adoção da tese da incomunicabilidade entre as formas da justiça corretiva e distributiva.

Forçar a conclusão de que responsabilidade objetiva é uma concretização (ou o arranjo jurídico, para usar a expressão preferida por Weinrib) incoerente com a forma da justiça corretiva, imanente ao direito privado, é um equívoco teórico somente sustentado à custa de ignorar que os arranjos jurídicos de responsabilidade objetiva estão enraizados na prática social contemporânea e que os indivíduos os compreendem como meios impostos ou disponibilizados pelo direito para a construção de esquemas de solidarização que têm algum grau de aceitação naquelas comunidades.

Insistir na abstração da natureza bipolar e imediata entre as partes faz com que o formalismo deixe de ser uma teoria que fornece condições de inteligibilidade desses fenômenos para se converter em uma teoria que impõe arbitrariamente um limite à inteligibilidade interna do direito privado, pois uma teoria que explica uma prática jurídica em completa desconexão com seu enraizamento social é uma teoria que não faz uma boa descrição do valor para o qual está orientada.

O direito cria muitas outras formas compulsórias de solidarização, como a previdência social e os seguros obrigatórios de veículos, comuns em vários países, inclusive no Brasil. A instituição, pelo direito, de regras de responsabilidade objetiva cria esquemas de solidariedade compulsória em razão da natureza da atividade envolvida. Essa escolha, feita por determinada comunidade para coordenar esforços

coletivos, a lente do formalismo, focada sobretudo na relação jurídica entre autor e réu, deixa escapar, ao não atentar para a questão da autoridade do direito e da função das regras jurídicas como coordenadoras da vida social.

Por exemplo, no caso da responsabilidade objetiva do fabricante ou do vendedor, no direito do consumidor, afirmar que essa regra deve ser excluída do âmbito do direito privado, alegando que é incoerente com a forma da justiça corretiva, é negar a dimensão da moralidade, reconhecida por aqueles sujeitos à prática, é desenraizá-la da autocompreensão dos indivíduos que a entendem em função de uma determinada ideia de como a vida em sociedade deve se organizar, e não apenas sob o prisma da relação imediata entre autor e réu.

O principal limite da teoria formalista do direito é a falta de adequação com algumas instâncias de autocompreensão da prática jurídica, isto é, da compreensão do direito por um ponto de vista interno que não equivale à inteligibilidade imanente. Os contratos de seguro e a responsabilidade objetiva são bons exemplos desse limite: os indivíduos envolvidos nessa prática percebem que há elementos morais retirados da estrutura corretiva e da distributiva. Todavia, eles não compreendem essa combinação como um erro ou um desvio, pois, ao contrário de Weinrib, que enxerga o mundo jurídico exclusivamente pela lente da relação jurídica entre autor e réu, levada a ser resolvida pelo poder judiciário, os membros da comunidade veem o direito por uma perspectiva mais ampla. São capazes de compreender, por exemplo, que existe uma dimensão e uma estrutura que representam o contrato de seguro individualmente considerado e uma dimensão e uma estrutura distintas que representam os contratos de seguro de mesmo tipo considerados em conjunto. O mesmo processo de intelecção é aplicável à responsabilidade objetiva: quando ocorre o dano, a relação jurídica entre o fabricante de um produto e seu consumidor tem uma dimensão e uma estrutura distintas da compreensão do potencial danoso de um produto daquele fabricante consumido massivamente por vários outros consumidores, às vezes milhares ou milhões, conjuntamente considerados.

Weinrib apenas enuncia, mas não demonstra a necessidade de adotarmos seu critério de coerência como o único apto a permitir uma correta intelecção interna do fenômeno da responsabilidade civil, em particular, e do direito, em geral.

O formalismo jurídico, por fim, ao aderir às premissas da inteligibilidade imanente e da coerência sem ser bem-sucedido em provar sua necessidade teórica, acaba por fracassar em construir uma teoria que leve em consideração os interesses de bem-estar dos indivíduos vivendo sob a égide do direito.

Ao não apresentar uma exposição que explica as razões das combinações entre a justiça corretiva e a justiça distributiva, a teoria falha em ser uma teoria verdadeiramente justificatória. Seu autoimposto minimalismo, que atrela a dimensão justificatória da teoria apenas ao mínimo de racionalidade formal e, conseqüentemente, ao mínimo de justiça formal representada pela adesão coerente às formas da justiça, não é capaz de alcançar a amplitude explicativa e justificatória pretendida. O ponto de partida — a relação jurídica entre autor e réu — é demasiadamente restritivo, bem como a preocupação exclusiva com os critérios formais de avaliação. Muito do que o direito representa enquanto uma prática normativa fica de fora do escopo de considerações do formalismo.

Fletcher estava certo ao afirmar, em “Corrective Justice for Moderns” (1993), que o desafio que nós, teóricos modernos, enfrentamos é diferente do desafio que Aristóteles se propôs a enfrentar de definir como corrigir os desequilíbrios criados pelas injustiças e como retornar ao *status quo ante*. A tarefa da moderna teoria da responsabilidade civil não é decifrar os elementos internos e formais de uma prática, como propõe o formalismo, mas enfrentar o grande problema e tormentoso problema de fixar o critério para guiar a organização da vida social, definindo, assim, quem ficará mais rico e quem ficará mais pobre com o critério escolhido. E, para essa tarefa, o formalismo não fornece nenhuma ferramenta (FLETCHER, 1993, p. 1.668).

Assim, no caso da responsabilidade civil, a questão é decidir quando — e por quais razões — a sociedade resolve parar a cadeia causal e dizer que a partir de determinado ponto certa pessoa será responsável pelos fatos adversos que resultem daquela conduta. O ponto central é decidir como organizar a vida social para que, munidos de boas razões, os cidadãos, por algum processo político representativo ou diretamente expressando sua vontade, definam que determinada ação que causa determinado resultado — que chamaremos, então, de dano —, não mais será

entendida como um fato da natureza, de um deus ou mero azar, mas sim como uma ação imputável a alguém.

Weinrib erra ao não perceber que as relações privadas não ocorrem no vácuo, entre Tício e Caio, mas numa rede social informada pelos princípios de cooperação, solidariedade e distribuição equitativa (justiça distributiva). A justiça corretiva tem seu papel estrutural a desempenhar dentro do direito privado, mas ela não exaure tudo que se pode dizer a respeito das razões que atuam nesse campo do direito.

Isso significa que Weinrib não está de todo errado. A abordagem formalista da responsabilidade civil é uma descrição fenomenológica interessante e rica, apresentando duas categorias que elucidam as possíveis racionalidades subjacentes ao direito privado. Do ponto de vista descritivo, é uma teoria com certo potencial explicativo que não deve ser desprezado. Isso não significa que seja necessário aceitar seu lado prescritivo, pois se trata de uma teoria árida em termos das consequências normativas que impõe. Weinrib diria que é uma teoria que não faz concessões, apesar da “onda funcionalista” que coloniza o pensamento jurídico contemporâneo, e esse caráter radical do formalismo torna-o uma teoria das mais ricas e interessantes atualmente disponíveis no mercado de ideias jurídicas.

Com todos os possíveis problemas e todas as possíveis contestações que a teoria formalista da responsabilidade civil pode sofrer, e que procurei apontar, ela, ainda assim, tem o mérito de apresentar um modo distintivo de abordar a racionalidade jurídica — curiosamente, empregando ideias retiradas de um modelo que conta com mais de dois mil anos de história. A racionalidade jurídica formalista não enfatiza o papel que as regras jurídicas desempenham no raciocínio e no discurso jurídico e também não enfatiza o papel desempenhado pela autoridade do direito, ou seja, a ênfase não está na oposição entre o formal e o informal. A racionalidade jurídica, na teoria formalista, está assentada na distinção entre forma e conteúdo e entre o coerente e o incoerente.

O desafio que Weinrib lança aos teóricos instrumentalistas, especialmente à análise econômica do direito, deve ser levado a sério. Se o formalismo jurídico falha em adotar um critério estrito de coerência que impõe a adoção da tese da

incomunicabilidade, ao menos se trata de uma teoria que leva a sério os discursos e as razões tidas como jurídicas e que procura enxergar a racionalidade própria ali inscrita.

O formalismo mostra quais são as estruturas justificatórias subjacentes ao direito privado, de maneira que, mesmo com os equívocos da adoção da tese da incomunicabilidade, é mais fiel à natureza da relação que liga ofensor e ofendido (autor e réu) do que concepções que enxergam as partes nessas relações como procuradores responsáveis por representar o interesse da comunidade em alcançar a eficiência econômica ou a maximização de bem-estar.

Weinrib explicita o erro da análise econômica do direito em ignorar que as relações jurídicas no direito privado têm um sentido em si mesmas e que o ofensor (réu) só assume essa posição porque causou uma injustiça — o dano — a um determinado ofendido que, por sua vez, também só é ofendido (autor) porque sofreu uma injustiça em função da ação daquele ofensor em particular. O formalismo esclarece a natureza da relação entre autor e réu no direito privado, que estão em conexão porque ligados por uma mesma injustiça.

Weinrib traz uma contribuição inovadora para a compreensão da racionalidade jurídica, ainda que não esteja livre de críticas. Ademais, enquanto um teórico coerentista, embora nem o mais ilustre, nem o mais notório, elabora uma teoria que está em contato com um ponto importante do debate contemporâneo, que é a questão metodológica. Nesse debate metodológico, John Finnis e Ronald Dworkin podem até ser mais conhecidos e ter feito contribuições mais importantes para o avanço da discussão, mas nenhum deles foi tão longe quanto Weinrib na ligação entre uma teoria geral do direito conectada com o debate metodológico e o desenvolvimento de uma fundamentação completa do direito privado.

Weinrib se localiza num rol de teóricos que não podem ser desprezados e, mesmo que esteja equivocado em várias de suas próprias proposições, ele é capaz de elaborar as perguntas que devem ser respondidas pelo debate no qual estão inserido. Trata-se de um teórico que auxilia na montagem de uma agenda das questões relevantes para a teoria do direito, em geral, e para o campo da fundamentação da responsabilidade civil, em particular.

A pergunta que Weinrib propõe diz respeito à possibilidade de se elaborar uma teoria do direito, em geral, e de áreas particulares do direito que descreva a racionalidade própria ao direito, defina se este é informado por uma ou por várias racionalidades, se estas são coerentes entre si (e o que significa ser coerente) e se estão em conflito e esclareça como o direito resolve esses conflitos. Enfim, essas são questões metateóricas importantes no debate jurídico contemporâneo, e o formalismo jurídico, com sua particular visão sobre a fundamentação da responsabilidade civil, se não responde corretamente a todas essas perguntas, nos lembra de que é preciso continuar procurando as respostas.

REFERÊNCIAS

ADAMS, David M. Skepticism and the apologetics of law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 3, p. 69-90, 1990.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Determinação e indeterminação no formalismo de Ernest Weinrib. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 243-258.

_____. *Fundamentos teóricos da responsabilidade civil*. 2008. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BENSON, Peter. Abstract right and the possibility of a nondistributive conception of contract: Hegel and contemporary contract theory. *Cardozo Law Review*, v.10, p. 1.077-1.198, 1989.

BIX, Brian. Teoría del derecho: tipos y propósitos. *Isonomía*, v. 25, p. 57-68, out. 2006.

_____. Natural law: the modern tradition. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 61-103.

_____. *Jurisprudence: theory and context*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

_____. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon, 1993.

BUSH, Robert A. Between two worlds: the shift from individual to group responsibility in the law of causation of injury. *UCLA Law Review*, v. 33, p. 1473, 1986.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*. New Haven: Yale University, 1970.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. D. Properties rules, liability inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1.089-1.128, 1972.

COLEMAN, Jules. Epilogue to the risks and wrongs. *Yale Law School Public Law Working Paper n. 218 2010*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1679554>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

_____. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Eds.). *The oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 311-351.

_____. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University, 2001.

_____. *Risks and wrongs*. Reimp. Cambridge: Cambridge University, 1995.

_____. (Org.). *Private law theory*. New York: Garland, 1994.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DICKSON, Julie. Interpretation and coherence in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. 2010. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

_____. *Evaluation and legal theory*. Oxford, MA; Portland, OR: Hart, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213-242.

_____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no direito brasileiro: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. 2005. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the character of political philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, p. 1-37, 2004.

_____. *Levando o direito a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Law's empire*. Reimp. Oxford: Hart, 1998.

EDMUNDSON, William A. Comments on coherence theory in the philosophy of law. *Social Science Research Network Working Paper Series*. May 1994. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1147392>>. Acesso em 24 mar. 2012.

ENGLARD, Izhak. *The philosophy of tort law*. Aldershot: Dartmouth, 1993.

EPSTEIN, Richard. A theory of strict liability. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 151-204, jan. 1973.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon, 1980.

FLETCHER, George P. *Basic concepts of legal thought*. New York; Oxford, MA: Oxford University, 1996.

_____. Review: Corrective justice for moderns. Reviewed work: *Risks and Wrongs*, by Jules Coleman. *Harvard Law Review*, v. 106, n. 7. p. 1658-1678, 1993.

GARDNER, John. Review: The purity and priority of private law. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 459-493, 1996.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University, 2006.

GREEN, Leslie. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. 2009. Disponível em:
<<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

INTELIGÍVEL. In: DICIONÁRIO Aulete. Disponível em:
<http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&palavra=intelig%EDvel>. Acesso em: 17 nov. 2011a.

_____. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Disponível em:
<<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=intelig%EDvel&x=0&y=0&stipe=k>>. Acesso em: 17 nov. 2011b.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. Tradução de Sheila Stolz. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: texto em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15-24.

KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 1996. p. 533-552.

_____. Coherence and formalism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, n. 3, p. 639-682, 1993.

KRONMAN, Anthony T. Contract law and distributive justice. *Yale Law Journal*, v. 89, p. 472, 1980.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. (Coleção Debates).

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, p. 17-51, 2003.

_____. Law and objectivity. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 969-989.

_____. Legal realism. In: PATTERSON, Dennis (Org.). *A companion to the philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 1996. p. 261-279.

LOVE, Jean C. Legal formalism from the perspective of a reasonable law professor. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, n. 3, p. 627-637, 1993.

LUCY, William. *Philosophy of private law*. Oxford: Oxford University, 2007.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Dordrecht: D. Reidel, 1986.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MISFEASANCE. In: BLACK'S law dictionary. 8th ed. St. Paul: Thomson/West, 2004.

MOORE, Michael. *Educating oneself in public: critical essays in jurisprudence*. Oxford: Oxford University, 2000.

MUÑOZ, Maria Paula C. B. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. 2010. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NEW ZEALAND. Introduction to the Accident Compensation Act. 2001. Disponível em:
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/DLM99494.html?search=ts_act_injury+prevention+rehabilitation+compensation_resele>. Acesso em: 19 mar. 2012.

NUISANCE. In: BLACK'S law dictionary. 8th ed. St. Paul: Thomson/West, 2004.

NÚMENO. In: LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 741-742.

OWEN, *Philosophical foundations of tort law*. Oxford: Clarendon, 1995.

PATTERSON, Dennis. *Law and truth*. Oxford, MA; New York: Oxford University, 1996.

_____. Reviewed work: The idea of private law, by Ernest J. Weinrib. *The Modern Law Review*, v. 58, p. 916-917, Nov. 1995.

_____. Foreword: the challenge of legal formalism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, p. 579-582, 1993.

_____. The metaphysics of legal formalism. *Iowa Law Review*, v. 77, p. 741-771, 1992.

PERRY, Stephen R. Hart's methodological positivism. *Legal Theory*, v. 4, p. 427, 1998.

_____. Methodology in legal theory. In: MARMOR, Andrei. *Law and interpretation*. Oxford: Clarendon, 1995. p. 438.

_____. Professor Weinrib's formalism: the not-so-empty sepulcher. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, n. 3, p. 597-626, 1993.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business; New York: Aspen, 2007.

RABIN, Robert L. Review: Law for law's sake. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 2261-2283, June 1996.

RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 324-342.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1994.

_____. Formalism and the rule of law. In: GEORGE, Robert. *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon, 1992. p. 309-340.

_____. *Practical reasons and norms*. London: Hutchinson & Co, 1975.

RESTITUTION. In: BLACK'S law dictionary. 8th ed. St. Paul: Thomson/West, 2004.

RODRIGUEZ, José R. (Org.). *A Justificação do formalismo jurídico: texto em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University, 1979.

SCHAUER, Frederick. Positivism as pariah. In: GEORGE, Robert (Ed.). *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1996. p. 31-56.

STICK, John. Formalism as the method of maximally coherent, classification. *Iowa law Review*, v. 77, p. 773-803, 1992.

STONE, Martin. Formalism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 166-205.

_____. On the idea of private law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 9, p. 235-277, 1996.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-152.

SUGARMAN, Stephen D. Doing away with tort law. *California Law Review*, v. 73, p. 559, 1985.

TAMANAH, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. Tradução de Thalia Simões Cerqueira e Rubens Glezer. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: texto em debate*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 25-64.

_____. *Law as a mean to an end: threat to the rule of law*. New York: Cambridge University, 2006.

TRESPASS. In: BLACK'S law dictionary. 8th ed. St. Paul: Thomson/West, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 3 p. 561-675, Jan. 1983.

UNITED STATES. Vincent v. Lake Erie Transportation Co., Minnesota Supreme Court, 1910, v. 124, *North Western Reporter (N.W.)*. p. 221.

WEINRIB Ernest, J. A teoria do formalismo jurídico. Tradução de Catarina Helena Cortada Barbieri. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259-270.

_____. Can law survive legal education? *Vanderbilt Law Review*, v. 60, n. 2, p. 401-438, 2007.

_____. The disintegration of duty. *Advocates' Quaterly*, v. 31, p. 212-256, 2006.

_____. Corrective justice in a nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4, p. 349-356, 2002a.

_____. Deterrence and corrective justice. *UCLA Law Review*, v. 50, p. 621-640, 2002b.

_____. Correlativity, personality, and the emerging consensus on corrective justice. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 2, n. 1, p. 107-160, 2001.

_____. Legal formalism. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). *A companion to the philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, p. 332-342, 1996.

_____. *The idea of private law*. Cambridge, MA: Harvard University, 1995.

_____. The jurisprudence of legal formalism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, p. 583-595, 1993a.

_____. Formalism and practical reason, or how to avoid seeing ghosts in the empty sepulcher. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, p. 683-699, 1993b.

_____. Thinking about tort law. *Valparaiso University Law Review*, v. 26, p. 717-722, 1992a.

_____. Why legal formalism. In: GEORGE, Robert P (ed.). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon, 1992b. p. 341-364.

_____. Aristotle's forms of justice. *Ratio Juris*, v. 2, n. 3, p. 211-226, 1989a.

_____. Understanding tort law. *Valparaiso University Law Review*, v. 232, n. 3, p. 485-526, spring 1989b.

_____. The special morality of tor law. *McGill Law Journal (Revue du Droit de McGill)*, v. 34, n. 3, p. 403-413, 1989c.

_____. Legal formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 949-1016, 1988.

_____. The intelligibility of the rule of law. In: HUTCHINSON, Allan C.; MONAHAN, Patrick (Eds.). *The rule of law: ideal or ideology*. Toronto; Calgary; Vancouver: Carswell, 1987a. p. 59-84.

_____. Law as a Kantian idea of reason. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987b.

_____. The insurance justification and private law. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 3, p. 681-687, Dec. 1985.

_____. Toward a moral theory of negligence law. *Law and Philosophy*, v. 2, n. 1, p. 37-62, Apr. 1983.

ZIPURSKY, Benjamin. Civil recourse, not corrective justice. *The Georgetown Law Journal*, v. 695, p. 695-756, 2003.