

O FORMALISMO JURÍDICO DE ERNEST WEINRIB E A FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

ERNEST WEINRIB'S JURIDICAL FORMALISM AND THE THEORETICAL FOUNDATION OF CONTEMPORARY TORT LAW

Catarina Helena Cortada Barbieri¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 Ernest Weinrib e o Debate Contemporâneo; 2 Uma Teoria Formalista do Direito; 3 A Fundamentação da Responsabilidade Civil. Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Este artigo pretende expor as teses centrais da teoria formalista do direito, desenvolvida pelo jusfilósofo canadense Ernest Weinrib e estabelecer a relação entre o formalismo e a fundamentação filosófica da responsabilidade civil contemporânea no conceito aristotélico de justiça corretiva. Inicialmente, o artigo traz o panorama do debate contemporâneo sobre os fundamentos da responsabilidade civil no mundo anglo-saxão, situando a obra de Ernest Weinrib nesse debate. Em seguida, expõe os fundamentos da teoria formalista do direito. Por fim, analisa-se como o formalismo fornece uma fundamentação para a responsabilidade civil contemporânea baseada na noção de justiça corretiva. Nessa parte, alguns desafios à teoria weinribiana são explorados, sobretudo no que diz respeito à sua conclusão de que a responsabilidade objetiva é um erro jurídico. O artigo ainda lança uma agenda de questões teóricas relevante para pesquisas futuras.

PALAVRAS-CHAVE: formalismo; Ernest Weinrib; responsabilidade civil; justiça corretiva; responsabilidade objetiva.

ABSTRACT

The article explicates the central theses of Ernest Weinrib's formalist theory of law. It seeks to establish the relationship between formalism and the theoretical basis of contemporary tort law based on the Aristotelian concept of corrective justice. Firstly, the article presents a view of the contemporary debate on the foundations

¹ Graduada em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutora em direito pela mesma instituição (área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito). Professora de Filosofia Política, Ética e Teoria do Direito da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo/SP. Editora-chefe da Revista Direito GV. E-mail: catarina.barbieri@fgv.br

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

of tort law in the Anglo-Saxon world, locating Ernest Weinrib's work within it. Then the article lays out the foundations of formalism. Finally, the article shows how formalism provides a foundation for contemporary tort law based on corrective justice. Some of the challenges faced by Weinrib's theory are explored in the final part of the article, especially with regards to its conclusion that strict liability is a juridical error. The article also launches an agenda for future research.

KEYWORDS: formalism; Ernest Weinrib; tort law; corrective justice; strict liability.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar as principais teses que compõem a teoria formalista do direito desenvolvida por um dos expoentes da chamada filosofia do direito privado no mundo anglo-saxão, o filósofo do direito canadense Ernest Weinrib², e como o formalismo jurídico weinribiano estrutura a sua explicação sobre os fundamentos do direito privado e, mais especificamente, da responsabilidade civil contemporânea. Para contextualizar sua obra, o artigo também pretende apresentar as principais características do debate contemporâneo sobre os fundamentos filosóficos da responsabilidade civil.³

O artigo está dividido em três partes. Na primeira parte apresentar-se-á um panorama do debate teórico contemporâneo acerca da responsabilidade civil, incluindo uma breve apresentação das teorias antagônicas que o dominam. Essa

² Ernest Weinrib é *Cecil A. Wright Professor of Law* na Universidade de Toronto. Formou-se em Toronto em 1965. Tem um doutorado (Ph.D. - *Classics*) pela Universidade de Harvard (1968) e um LL.B. novamente pela Universidade de Toronto (1972). Suas áreas de pesquisa são teoria do direito, filosofia e responsabilidade civil, sendo considerado um expoente dos estudos filosóficos da responsabilidade civil.

³ Nos países da tradição do *Common Law* a filosofia do direito privado é um campo de reflexão aberta sobre os fundamentos e as questões que norteiam a elaboração da legislação, a doutrina e as práticas das instituições sociais que a envolvem, incluindo aí, naturalmente, os tribunais que conforma a jurisprudência de direito privado. Esta reflexão é em grande medida está dominado pela tradição da filosofia analítica. Há uma multiplicidade de questões que compõem o campo, mas, exemplificativamente, podemos elencar: (1) a inteligibilidade e o sentido de conceitos-chave (core concepts) como responsabilidade, causalidade, conduta e ilícito e a relação com as práticas e instituições sociais que conforma o campo, seja para explicitar sua incoerência, seja para buscar coerência interna, e (2) os valores morais e políticos – como justiça corretiva e distributiva - que fornecem ou podem vir a fornecer a justificação normativa dos conceitos-chave e práticas institucionais nas diferentes partes do direito privado, tais como, como contratos, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa (unjust enrichment). Neste sentido, ver: LUCY, William. *Philosophy of private law*, Oxford: Oxford University Press, 2007. Para uma exposição dos objetivos específicos da filosofia da responsabilidade civil, ver: OWEN, David (org.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

apresentação inclui também a exposição das principais questões teóricas que guiam as discussões atuais, no qual se insere o que chamo de “questão normativa”, buscando sinalizar onde a questão da fundamentação normativa da responsabilidade civil e a obra de Ernest Weinrib estão inseridas.⁴

Na segunda parte, pretende-se expor os principais elementos da teoria formalista do direito desenvolvida por Weinrib para, na terceira e última parte, focar na análise de como a concepção formalista impacta na formulação e na avaliação das possíveis respostas a problemas jurídicos concretos de responsabilidade civil.

Nessa parte, exporemos alguns problemas da teoria weinribiana, sobretudo no que diz respeito à sua conclusão de que a responsabilidade objetiva é um erro jurídico, buscando traçar uma agenda de questões teóricas relevante para pesquisas futuras.

No bojo da exposição, serão tratadas das seguintes questões: qual a agenda de pesquisa dos teóricos que trabalham com “filosofia da responsabilidade civil” no contexto anglo-saxão? Qual a contribuição que Weinrib traz para este debate ao apresentar a teoria formalista do direito para fundamentar a responsabilidade civil e quais são as questões que deixa de responder satisfatoriamente e que seguem constituindo uma relevante pauta de pesquisa relevante? Embora não seja o objetivo primário do artigo, é no contexto desta agenda de pesquisa que a teoria weinribiana pode ser atraente para pensar questões relativas à responsabilidade civil brasileira.

⁴ Essa apresentação se torna importante na medida em que a maior parte das questões e dos autores tratados nesse trabalho, incluindo-se o próprio Ernest Weinrib, ainda são pouco conhecidos e debatidos no Brasil. Sobre o estudo de Ernest Weinrib no Brasil, ver: BARBIERI, Catarina Helena Cortada Barbieri. Fundamentos teóricos da responsabilidade civil, 144f, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008; BARBIERI, Catarina Helena Cortada Barbieri O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil, 267p., Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012 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, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos constitucionais do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Para uma crítica, ver: MUÑOZ, Alberto Alonso. Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites: contribuição à crítica do direito privado, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

1 ERNEST WEINRIB E O DEBATE CONTEMPORÂNEO

Contemporaneamente nos países de língua inglesa, ligados à tradição jurídica do *Common Law*⁵, encontramos filosofia e teoria do direito fraturada por diversas teorias e metodologias antagônicas. A título de exemplo, disputam hoje o campo da teoria do direito posições tão distintas quanto às ligadas à análise econômica do direito, as teorias voltadas à filosofia moral e política, e teorias críticas, herdeiras do movimento de *Critical Legal Studies*.⁶ Essa fragmentação repercute nos estudos temas mais específicos e, assim, nos deparamos com um cenário análogo no que se refere ao tema geral deste artigo, a filosofia da responsabilidade civil. Por conta disso, é necessário endereçar uma primeira questão, qual seja, como localizar a teoria formalista do direito e a fundamentação da responsabilidade civil proposta por Ernest Weinrib neste cenário.

Em sua obra, *Philosophy of Tort Law*, David Owen afirma que tradicionalmente se considera que a ligação entre a filosofia e a responsabilidade civil remonta à *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, passando pelos escritos de Tomás de Aquino, Hugo Grotius e Samuel Pufendorf.⁷

No entanto, o debate e o contexto que interessa a este artigo estão circunscritos à segunda metade do século XX em diante, período em que a filosofia moral

⁵ Há grande debate quanto às classificações e divisões a que os termos *Common Law* e *Civil Law* fazem referência. Neste artigo eles são utilizados, respectivamente, em referência ao conjunto de países de língua inglesa (Inglaterra, Irlanda, Canadá com exceção de Quebec, Estados Unidos da América, Austrália e Nova Zelândia) ligados à tradição anglo-saxã e aos países da tradição europeia-continental e os países latino-americanos que com ela tem relação (incluído aí o Brasil). Por vezes, a referência aos primeiros se dará pelo termo sistema ou família anglo-americana e aos segundos pelo termo sistema europeu-continental ou família europeia-continental. Para os fins deste trabalho não há a necessidade de adentrar esta discussão, bastando uma separação, algo imprecisa, entre países da Europa Continental (e aqueles sob sua influência mais direta) e países de língua inglesa. A este respeito, ver: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.14-20; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law, 3ª ed., Oxford: Clarendon, 1998, p.63-73. Para uma crítica à tradicional divisão de René David, ver: GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. Sistemi Giuridici Comparati, 2ª ed., Torino: Utet, 200, p.18-23.

⁶ Para compreensão da força e importância da análise econômica do Direito e do movimento *Critical legal studies*, ver: FISS, Owen M. The Death of Law?, *Cornell Law Review*, Vol. 72, Nº 1, 1986. Sobre a retomada da importância da filosofia moral e política na teoria geral do direito com os trabalhos de John Rawls e Robert Nozick, ver: OWEN, David (org.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, p.4-5.

⁷ OWEN, David (org.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, p.2

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

aplicada ao direito privado e a responsabilidade civil ganham impulso como uma resposta, especialmente, ao avanço da análise econômica do direito.⁸

Em *The Philosophy of Tort Law*, Izhak Englard faz um mapeamento do debate sobre os fundamentos da responsabilidade civil desde a década de 1970, explicando-o a partir de três pares de noções dicotômicas basilares para o entendimento das abordagens em jogo: (1º par) responsabilidade moral e utilidade social; (2º par) justiça corretiva e justiça distributiva; e (3º par) culpa e responsabilidade objetiva.

Englard propõe que a compreensão do estado da arte de campo passa por entender o que esses pares de conceitos buscam expressar.⁹ Os dois primeiros pares possuem caráter formal e estrutural, ou seja, representam a estrutura mais geral das relações jurídicas, exercendo uma função tipológica. Enquanto isso, o terceiro diz respeito às regras jurídicas substantivas, estando relacionado ao conteúdo das regras positivas.¹⁰

No primeiro par, a “*utilidade social*” diz respeito à ideia de que o direito deve ser um meio para se alcançar algum objetivo conveniente ou necessário para a comunidade, ideia essa associada ao pensamento utilitarista.¹¹ Já a “*responsabilidade moral*” diz respeito à ideia do direito concebido como um conjunto de normas morais que consagram a prioridade do indivíduo sobre quaisquer objetivos comunitários, provindo da tradição filosófica kantiana.

Englard destaca, no entanto, que a maioria das teorias não cria uma oposição absoluta entre essas categorias. Mesmo um teórico como Richard Posner, cujo elemento central de explicação do sentido da responsabilidade civil é a noção de utilidade social do direito para a maximização de riqueza, faz um esforço

⁸ OWEN, David (org.) **Philosophical Foundations of Tort Law**, p.2-3

⁹ ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, Cambridge: Dartmouth Publishing Group, 1993, p.2

¹⁰ Isto significa dizer que os pares não possuem a mesma natureza. Os dois primeiros tem natureza formal e estrutural, enquanto o último tem natureza substantiva. Ver: ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, p.21

¹¹ Para um relato sobre os desdobramentos do utilitarismo na teoria do direito, ver: SIMMONDS, N. E. *Central Issues in Jurisprudence*, 2ª ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 2002, p.17 e ss.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

argumentativo para justificar que o princípio da maximização de riqueza harmoniza-se com postulados morais.¹²

Nisso a teoria de Ernest Weinrib é bastante diferente, pois se encontra nitidamente localizada no campo da "*responsabilidade moral*". Radicalmente não-utilitarista, a teoria weinribiana tem como premissa a ideia de que o direito deve ser entendido como uma esfera autônoma, não servindo a qualquer fim externo a ele próprio, ou seja, a qualquer fim socialmente útil a não ser o fim mesmo de "ser Direito". Para Weinrib, o direito privado e a responsabilidade civil são os *loci* de uma moralidade própria, apolítica e destituída de qualquer viés utilitarista. Como se verá, esta posição está edificada sob a diferença que ele traça entre a forma da justiça corretiva e a forma da justiça distributiva.¹³

O segundo par de noções dicotômicas é da *justiça corretiva e justiça distributiva*. Apresentados inicialmente por Aristóteles no Livro V da *Ética a Nicômaco*¹⁴, esses são os conceitos centrais do debate contemporâneo sobre os fundamentos da responsabilidade civil.

Uma questão relevante e muito disputada desde a década de 1980 diz respeito à correta compreensão da definição de cada uma das formas de justiça. Para alguns, como Ernest Weinrib e Richard Posner, a correta leitura das concepções

¹² ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, p.7-8

¹³ ENGLARD, Izhak. *The Philosophy of Tort Law*, p.7-8; WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**. Cambridge, MA: Harvard University, 1995 p.3-5; WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 949-1016, 1988, p.951.

¹⁴ A respeito da justiça distributiva, Aristóteles assevera: "3. (...) O justo, então, é uma das espécies do gênero 'proporcional' (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral). (...) o justo envolve também quatro elementos no mínimo, e a razão entre um par de elementos é igual à razão entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas. (...) O princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional." (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Mario Gama Kury, Brasília: UnB, 1985, 1131b10) A respeito da justiça corretiva, afirma: "4. A espécie restante de justiça é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. (...) a justiça nas relações privadas é de fato uma igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme à espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme à proporção aritmética. (...) a lei contempla apenas o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça (...) o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho." (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Mario Gama Kury, Brasília: UnB, 1985, 1.131b25)

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

aristotélicas leva ao entendimento das mesmas como categorias puramente formais, ou seja, como categorias estruturantes das relações jurídicas de responsabilidade civil, que fornecem a forma ou a estrutura das mesmas, sem contudo, influir em seus conteúdos. Richard Epstein, em contrapartida, entende que a justiça corretiva tem o caráter de princípio substantivo.¹⁵

Uma segunda questão diz respeito ao papel específico da justiça distributiva na responsabilidade civil. Tradicionalmente, os teóricos da responsabilidade civil ligados ao não-utilitarismo ("*responsabilidade moral*") e ao kantismo, atribuíram à justiça corretiva o caráter de fundamento único da responsabilidade civil. George Fletcher caracteriza a responsabilidade civil como "um singular repositório de intuições de justiça corretiva".¹⁶

Todavia, uma parte dos debates contemporâneos desafia esta explicação.¹⁷ A grande questão atualmente é compreender a relação entre justiça corretiva e distributiva no bojo da responsabilidade civil.¹⁸

Como veremos, Weinrib não nega a possibilidade de se organizar um sistema de indenizações por danos pessoais a partir de critérios distributivos, todavia, é categórico ao afirmar que nos sistemas jurídicos em que o processo de tomada de

¹⁵ ENGLARD, Izhak. *The Philosophy of Tort Law*, p.11; WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p.57; POSNER, Richard. "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", *The Journal of Legal Studies*, vol.10, n.1, pp.187-206, jan. 1981, p.190-191; EPSTEIN, Richard. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraint, *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, Nº1, 1979a, p.49-50

¹⁶ "Discussed less and less are precisely those questions that make tort law a unique repository of intuitions of corrective justice." (FLETCHER, George P. **Fairness and Utility in Tort Theory**, *Harvard Law Review*, Vol.85, Nº 3, 1972, p.537-538)

¹⁷ Para um exemplo de autores que desafiam esta explicação, ver: EPSTEIN, Richard. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraint, 1979a; EPSTEIN, Richard. Causation and Corrective Justice: A reply to two critics, *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, Nº 3, 1979b; COLEMAN, Jules. On the Moral Argument for the Fault System, *The Journal of Philosophy*, Vol.71, Nº 14, ago. 1974; COLEMAN, Jules. The morality of strict liability, *William & Mary Law Review*, Vol. 18, 1976

¹⁸ Segundo Englard, o primeiro autor a relacionar as duas tradicionais formas de justiça apresentadas por Aristóteles e as regras positivas de responsabilidade civil foi Josef Esser em 1941. Para Esser as funções da responsabilidade civil iriam além da mera reparação do dano causado à vítima. A alocação das perdas sofridas por mero infortúnio, ou seja, por acontecimentos em que não houvesse culpa do agente, mas onde houvesse um dano e, conseqüentemente, uma vítima, implicando num deslocamento do ônus desta última para outra pessoa, deveria ser reconhecida como parte da responsabilidade civil. Esser entendeu que a responsabilidade civil poderia envolver considerações de caráter distributivo, dando início a um debate que segue vivo e inconcluso até hoje (ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, p.13-14).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

decisão judicial é a forma de determinação da responsabilidade civil, o fundamento correto será a justiça corretiva. Para ele, a justiça distributiva não tem qualquer papel neste sistema, caracterizando-se por ser a justiça típica da esfera política¹⁹

O terceiro par de noções dicotômicas, como dissemos, diz respeito à regras substantivas; são o que chamaríamos de doutrinas relativas a regras jurídicas positivadas. São elas: *responsabilidade com culpa e responsabilidade objetiva*.²⁰

Englard esboça a função desses dois conceitos substantivos a partir da metáfora do espectro: são extremos dentro de um espectro possível de regras jurídicas positivas das quais extrairemos uma infinidade de arranjos intermediários. Ao longo desse espectro, cada regra substantiva positivada será uma combinação única entre elementos estruturais acima descritos e os substantivos ora apresentados.²¹

A imagem do espectro elucida alguns pontos. Primeiro: há duas doutrinas jurídicas dominantes, cada uma ocupando larga parte desse espectro, e uma área de intersecção até que ocorra a efetiva transição entre elas. Segundo: as transições explicariam o porquê da maioria dos atuais sistemas jurídicos possuírem combinações distintas envolvendo tais noções, ora preponderando a responsabilidade com culpa, ora responsabilidade objetiva, mas em geral havendo uma ampla área de intersecção.

¹⁹ Um exemplo de sistema de indenizações baseado em critérios distributivos e em fundo público e não no processo judicial e na adjudicação é o sistema neozelandês. A esse respeito, ver: ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, p.13; TUNC, André. *La Responsabilité Civile*, Paris : Économica, 1989, p.79-83; WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*, p.210-212.

²⁰ Embora Englard busque estas duas doutrinas na tradição da Common Law, noções similares podem ser encontradas na tradição de *Civil Law* (e assim igualmente no direito brasileiro). A este respeito, ver: TUNC, André. **La Responsabilité Civile**, p.11-18.

²¹ Sobre a relação entre culpa e responsabilidade objetiva, Englard afirma que: "The relationship between fault and strict liability is more of a bipolar nature which signifies a continuum, a gradual transition from one extreme to the other. At each stage in the intermediate area a different blend of structural and substantive elements is possible." (ENGLARD, Izhak. **The Philosophy of Tort Law**, p.21).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Diante desse quadro, a função de um filósofo da responsabilidade civil é fornecer uma explicação plausível para a relação entre eles e o emaranhado de regras e conceitos que compõe a responsabilidade civil ou oferecer um quadro alternativo.²²

Weinrib enfrentará essa questão a partir da fundamentação formalista do direito que, como veremos, estaria ancorada na concepção de “*responsabilidade moral*”. Sem fugir à controvérsia, ele fundamenta uma defesa da “*responsabilidade civil com culpa*” em sua coerência interna com a forma da “*justiça corretiva*” e critica a “*responsabilidade objetiva*” como sendo um erro jurídico por sua suposta fundamentação na “*justiça distributiva*”, racionalidade própria da política e não do direito.

William Lucy complementa o cenário traçado por Izhak Englard apontando para três questões que preocupam os filósofos do direito privado: a questão da inteligibilidade, a questão da “base normativa” e a questão da autonomia. A primeira reúne um conjunto de teses relativas à compreensão e explicação dos conceitos fundamentais do direito privado na tradição do *Common Law* – tais como, responsabilidade, ação, agente, causalidade, dano – e a coerência entre eles. A questão da “base normativa”, por sua vez, diz respeito à como se dá a articulação entre valores políticos e morais e o direito privado.²³

Para Lucy, atualmente há uma ênfase na segunda questão, o que, em grande medida, seria por conta de uma reação ao domínio que a análise econômica do direito tem exercido. Em resposta à análise econômica do direito, o esforço de encontrar uma razão moral de caráter não econômico ou não eficientista que

²² Neste debate, temos Richard Posner, representante da análise econômica do direito, que busca alinhar o seu utilitarismo com o conceito de negligence (culpa) e a ideia de justiça corretiva, mesclando elementos que tradicionalmente seriam vistos como contraditórios. Já Richard Epstein e George Fletcher, cada um ao seu modo, se afeiram ao não-utilitarismo e ao conceito de justiça corretiva. O primeiro o faz a partir de uma defesa da responsabilidade objetiva (que segundo ele seria mais consistente com o embasamento da responsabilidade na justiça corretiva), enquanto o segundo busca nos paradigmas da reciprocidade e da razoabilidade a base para a responsabilidade civil (ENGLARD, Izhak. *The System Builders: A Critical Appraisal of Moderns American Tort Theory*, **The Journal of Legal Studies**, Vol.9, Nº 1, 1980, p.59 e 63; ENGLARD, Izhak. *The Philosophy of Tort Law*, p.12-13 e 24).

²³ LUCY, William. *Philosophy of private law*, p.29; 227.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

justifique a relação que se estabelece entre um determinado autor e um determinado réu para a ser tarefa fundamental do filósofo do direito.²⁴

A questão da autonomia do direito privado, por fim, diz respeito a se o direito privado é um locus de racionalidade autônomo em relação às demais áreas do direito.²⁵ Pensando nos pares de noções dicotômicas discutidos, podemos indagar, por exemplo, se a fundamentar o direito privado na justiça corretiva implica dizer que o direito privado é autônomo em relação ao direito público ou se sua fundamentação – advinda de um certo arranjo social distributivo – é tributária do direito público e, portanto, dele dependente. Como exporemos na seção seguinte, o projeto teórico geral de Ernest Weinrib engloba respostas a essas três questões, ainda que a questão normativa ganhe especial relevo.

2 UMA TEORIA FORMALISTA DO DIREITO

Normalmente, emprega-se o termo formalismo em sentido bastante negativo, para caracterizar o tipo de raciocínio silogístico simbolizado pela do juiz “boca da lei”, ou para caracterizar certas teses do positivismo jurídico. Como veremos, para Weinrib o formalismo jurídico sustenta a distinção entre direito e política, mas o faz de uma maneira bastante distinta da visão tradicional e algo simplória que se faz do formalismo.

Ele sustenta que o direito é uma prática normativa autônoma inteligível a partir da relação entre sua forma própria e os diversos conteúdos que o compõe e que, ademais, o direito é uma prática normativa que aspira à coerência interna. O termo “formalismo” derivaria da relação entre forma e conteúdo tal como trabalhada em Aristóteles, isto é, derivaria do termo “forma” e da ideia de que a inteligência, tanto de conceitos quanto de entes com existência sensível, se dá por referência à relação entre a forma e o conteúdo. Como em Aristóteles, dirá Weinrib que é a forma que faz um “isto” ser um “isto” e não um “aquilo”. Portanto, conhecer a

²⁴ LUCY, William. **Philosophy of private law**, 2007, p.32-33;37.

²⁵ LUCY, William. **Philosophy of private law**, 2007, p.42.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

forma será a condição necessária para a intelecção tanto de entes sensíveis quanto de conceitos jurídicos.²⁶

O formalismo jurídico, então, não se confundiria com nem com o positivismo jurídico, nem com definições estipulativas do que o direito é. Isto porque o positivismo jurídico estaria interessado em identificar o princípio formal de validade jurídica – por exemplo, a regra de reconhecimento hartiana – por meio do qual é possível identificar o que é o direito válido em um sistema jurídico determinado. Enquanto isso, o formalismo está interessado em trazer à luz aquilo que já tem, de forma incipiente, significado jurídico. Como se verá, o “jurídico” (*jus*) – preocupação do formalismo – será considerado mais amplo do que o “legal” (*lex*) – preocupação do positivismo.²⁷

Ademais, o formalismo não consiste em desenvolver uma teoria cuja preocupação seja a definição, o significado ou uso linguístico do termo “direito”. Embora o argumento weinribiano seja conceitual, o formalismo precisa, no limite, manter certo nível de fidedignidade com o mundo prático do direito. Se a prática jurídica estiver em contradição com os achados do formalismo, então, simplesmente, o teórico formalista sério tentará, por meio da identificação da relação entre forma e conteúdo do direito, apresentar outra explicação para estrutura do direito, que seja mais acurada e precisa. Todavia, esse processo de especificação do caráter próprio do fenômeno jurídico não está orientado a determinar qual é o uso semanticamente correto do termo “direito” e muito menos a relatar quais são seus usos linguísticos recorrentes.²⁸

Para Weinrib²⁹, quando bem entendido e diferenciado das caricaturas que seus detratores constroem, o formalismo incorpora uma verdade profunda e inescapável: que o direito é, por natureza, uma prática normativa cuja aspiração

²⁶ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 958.

²⁷ WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 954-956; WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 25.

²⁸ Embora conceitualmente a explicação pareça clara, é preciso chamar a atenção para a (pouca) plausibilidade desta distinção feita por Weinrib quando ele avalia a responsabilidade objetiva, ponto que será analisado em detalhe na última parte deste artigo. Ver: WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 31.

²⁹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 950-951.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

é ser coerente e inteligível internamente e, portanto, distinta e autônoma em relação à política e, de maneira ainda mais ampla, em relação a outras esferas de normatividade como a economia³⁰ e a própria moral.³¹

Resumidamente, o formalismo tem quatro características principais. Em primeiro lugar, trata-se de um **método de justificação jurídica** em que o direito é visto como um lócus de uma racionalidade distinta e autônoma, que, comparativamente, é mais determinada do que a racionalidade da política.³² Formalismo é, assim, uma **teoria de justificação jurídica** que procura conhecer o direito por meio de uma metodologia fiel a sua aspiração fundamental de ser uma prática normativa inteligível internamente.³³

A ênfase no aspecto de **justificação** faz com que, para o teórico formalista, o direito (*jus*) seja mais do que um conjunto de normas positivadas (*lex*) ou do que a expressão do exercício do poder estatal. O direito é considerado uma prática social responsiva a um tipo de argumento moral que caracteriza e explica sua natureza. O formalismo se fundamenta numa epistemologia que permite

³⁰ Weinrib afirma que as disciplinas não jurídicas, como a economia, são relevantes para o direito na medida em que as compreensões que elas fornecem sejam assimiladas à estrutura interna (racionalidade imanente) do direito. Para ele, “[...] conclusões de disciplinas estranhas [ao direito] entram no direito privado nos seus termos e não nos termos delas” (WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*, p. 214, tradução nossa). Interpreto que essa conclusão valha para o direito como um todo, tanto para o direito privado quanto para as demais áreas, como uma imposição da própria ideia de autonomia. E o exemplo da economia poderia ser estendido para a política e para a moral. Com relação à moral, a leitura de que, embora o autor utilize o termo “moral”, na verdade, os elementos da moral teriam uma tradução especificamente jurídica ao serem incorporados ao direito. Assim, apesar do uso do termo, seria possível isolar internamente (pelo próprio direito) esses elementos, sendo, portanto, propriamente elementos jurídicos que emprestam a terminologia e têm sua raiz na linguagem moral.

³¹ Stick afirma que Weinrib não defende que o direito seja livre de valor (value-free), nem tampouco que o direito seja valorativamente neutro (value neutral), pois, o formalismo teria uma dimensão avaliativa e justificatória (i.e. prescritiva). Para Stick, isso implica dizer que o direito está orientado a um objetivo, ou point, mas argumenta que os valores intrínsecos ao argumento jurídico são próprios do direito, e não importados “de fora”, isto é, não são valores políticos ou morais. (STICK, John. Formalism as the method of maximally coherent, classification. *Iowa Law Review*, v. 77, p. 773-803, 1992, p. 774).

³² Para Weinrib a política (Politics) está em constante mudança dado que em sociedades complexas a melhor maneira de organizar a vida social está em permanente disputa, enquanto o direito (Law) seria mais estável (WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 953).

³³ WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 953; WEINRIB, Ernest. The jurisprudence of legal formalism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 16, p. 583-595, 1993, p. 583; WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*, p.18-19; WEINRIB, Ernest. Legal formalism. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to the philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell, p. 332-342, 1996, p. 332.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

compreender o direito com base na ideia de relação entre forma e conteúdo e, assim, apresentar as formas dos argumentos morais apropriados para compreendê-lo. Enquanto uma teoria especificamente **jurídica** de justificação, o formalismo seleciona dois fenômenos característicos da maneira como o direito impacta na vida dos indivíduos que vivem sob sua égide, a saber: (i) a interação entre partes externas uma à outra e dotadas de interesses distintos; e (ii) o papel dos tribunais na resolução de controvérsias que surjam dessa interação.³⁴

Em segundo lugar, o formalismo considera que essa racionalidade distintiva é **imane**nte ao material jurídico sobre o qual ela opera. Identificar essa racionalidade é olhar para dentro do direito, para o material que o constitui. Para o formalismo, só uma metodologia que olhe o direito “de dentro” poderá explicitar sua natureza particular. Weinrib admite que a imanência parece ser uma característica “misteriosa”. Ao afirmar que a racionalidade do direito está assentada numa ordem moral imanente ao material jurídico, o formalismo está defendendo que o conteúdo jurídico pode, de alguma forma, se sustentar a partir de si mesmo.³⁵ A plausibilidade dessa afirmação, como veremos, depende do sucesso da metodologia formalista em fornecer uma ferramenta para conhecer o direito por ele mesmo, bem como da demonstração da inferioridade das explicações alternativas, que ele chama de “instrumentalistas” ou “funcionalistas”.

Em terceiro lugar, o formalismo pressupõe que o conjunto de materiais jurídicos dotados de autoridade (legislação, decisões judiciais e etc) expressa, ainda que imperfeitamente, uma **ordem moral inteligível**. De um lado, o formalismo pretende ser uma teoria normativa que permite explicar a tradição que faz do direito contemporâneo do que ele é. De outro, pretende fornecer ferramentas para um olhar crítico sobre esse mesmo direito e abrir a possibilidade de se rejeitar, como erro, algumas partes dele.³⁶ Como veremos, esse aspecto do formalismo será especialmente relevante para entender a responsabilidade objetiva (*lex*), pois

³⁴ WEINRIB, Ernest. **The jurisprudence of legal formalism**, p. 583; WEINRIB, Ernest. Legal formalism, p. 332).

³⁵ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 953; WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 955).

³⁶ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 953.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

o formalismo pretende oferecer esse ponto fixo a partir do qual é possível criticar e rejeitar partes do direito (*ius*).

A metodologia proposta por Weinrib é eminentemente conceitual e racionalista. O método formalista propõe que a melhor maneira de entender o direito é como pensamento (objeto) e pelo pensamento (método). Diz ele, a esse respeito:

A integração entre a atividade de compreensão e a matéria a ser compreendida é impossível, a menos que a matéria seja informada pelo pensamento, porque apenas por meio do pensamento a relação entre a compreensão e o que é compreendido pode ser reflexiva [...] Direito [...] é expressão de inteligência.³⁷

Neste ponto a coerência assume um papel fundamental. Weinrib argumenta que boa parte das teorias do direito contemporâneas abriu mão de explicar o direito como uma prática internamente coerente, já que parece incorporar valores externos contraditórios. Todavia, esta aspiração está presente no discurso e na vivência daqueles envolvidos no dia a dia do direito, sobretudo advogados e juízes. A percepção dos advogados e juízes é de que a prática jurídica se desenvolve dentro de uma certa estrutura que deve ser internamente coerente, e é essa estrutura, conformadora do direito, que o formalismo pretende identificar e explicar.³⁸³⁹

Por fim, Weinrib afirma que o formalismo é uma **noção integrativa**. Para o formalista, racionalidade, imanência e normatividade são encontradas no direito em mútua dependência e inter-relação. O formalismo weinribiano é uma teoria

³⁷ WEINRIB, Law as a Kantian idea of reason. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987, p. 69, tradução nossa.

³⁸ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 951

³⁹ Essa referência à prática jurídica e à experiência dos operadores do direito abre a oportunidade para um comentário importante. Embora Weinrib não negue — ao contrário, afirme — o caráter essencialmente conceitual da teoria formalista, em vários momentos ele procura demonstrar que esse conceitualismo está a serviço da expansão de nosso conhecimento sobre o mundo do direito e que, portanto, seu formalismo não pretende ser uma construção conceitual e abstrata sem uma finalidade prática. O conceitualismo e a abstração são vistos como ferramentas para explicar o fenômeno jurídico em conexão com a prática do direito. Reforçando o que foi dito no início desta seção, em certos momentos, especialmente quando fala do papel dos tribunais ou quando apresenta uma explicação para o erro jurídico, Weinrib procura se afastar explicitamente da caricatura do formalista como o proponente de uma aplicação mecânica de regras e apresenta razões para sustentar a afirmação de que conhecer a correta estrutura do direito é importante para propor soluções jurídicas concretas ou mudanças e reformas do direito que sejam igualmente corretas.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

que propõe uma abordagem única e conectada de todos os elementos anteriormente descritos. Para essa teoria, o direito não é “[...] meramente racional e imanente e normativo [...]”⁴⁰, mas cada uma dessas qualidades reforça e apoia as outras duas, formando um todo. A inteligência correta do direito passa por captar os três elementos em interconexão.

A unidade básica de análise para o formalismo é a relação jurídica. Isto é, o ponto de partida do formalismo são as conexões que se formam entre partes distintas umas das outras com base em um conjunto de regras jurídicas, conceitos doutrinários e processos institucionais.⁴¹ Weinrib explica que, quando uma parte afirma que outra descumpriu determinada cláusula contratual e aciona o Judiciário, a relação jurídica entre elas não é definida apenas pelas regras de direito positivos e conceitos doutrinários referentes ao direito dos contratos e direito processual, mas um conjunto amplo de procedimentos institucionais e regras interpretativas para chegar a uma solução. O que a teoria formalista do direito pretende é identificar e expor a estrutura interna dessas relações jurídicas composta por tais regras, conceitos e procedimentos e determinar como esses componentes se relacionam entre si.⁴²

Vale dizer que quando Weinrib resumiu sua visão do direito na frase “[...] o direito não é subserviente a ideais externos porque ele se constitui [...] em seu próprio ideal [...]”⁴³ e do direito privado, em particular, nas frases “[...] o objetivo do direito privado é ser direito privado.” e “[...] o direito privado é como o amor.”⁴⁴, poucos

⁴⁰ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 955, grifos do autor, tradução nossa.

⁴¹ A justificativa para a “relação jurídica” ser o ponto de partida para qualquer análise formalista é apresentada em diversos textos esparsos. Ver, sobretudo: WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 957; WEINRIB, Ernest. *The jurisprudence of legal formalism*, p. 584; WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*, p. 24; WEINRIB, Ernest. *Legal formalism*, p. 332.

⁴² WEINRIB, Ernest. **The jurisprudence of legal formalism**, p. 584; WEINRIB, Ernest. *Legal formalism*, p. 332-333.

⁴³ No original: “Law is not subservient to external ideals because it constitutes, as it were, its own ideal [...]” (WEINRIB, *Law as a Kantian idea of reason*, p. 63, tradução nossa).

⁴⁴ No original: “[...] the purpose of private law is to be private law.” e “[...] private law is just like love.” (WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 5-6, tradução nossa).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

foram os críticos que as levaram a sério e que viram nelas mais do que asserções de caráter metafísico duvidoso ou fórmulas tresloucadas e vazias de conteúdo.⁴⁵

Embora polêmicas e controvertidas, essas afirmações dão uma mostra de quão ambicioso é seu projeto teórico. Weinrib propõe que existe uma maneira superior ou correta e uma maneira defeituosa, inferior ou incorreta de se compreender o direito. A ambição está em quão ampla é a identificação do que é incorreto que passa por demonstrar a incorreção de tudo aquilo que ele chama de **concepções instrumentalistas e funcionalistas do direito**, exemplificadas pela análise econômica do direito, mas também passa por superar o desafio cético imposto pelos teóricos dos Estudos Críticos do Direito (*critical legal studies* ou *crits*, como às vezes são chamados). Distintamente dos *crits*, o formalismo weinribiano entende que não é porque o direito se mostra incoerente em algumas de suas manifestações que seria um empreendimento fundamentalmente incoerente, ou seja, que as incoerências presentes no direito não possam ser solucionadas ou evitadas.⁴⁶

Voltando à terceira questão proposta por William Lucy – a questão da autonomia – para o formalismo o direito existe como um campo que pode ser compreendido e explicado de forma independente e que, ainda que se relacione com outros campos, como a política e a economia, é dotado de uma racionalidade própria, o que abre a possibilidade de ser inteligível a partir de si mesmo (internamente).

⁴⁵ Duas críticas ao formalismo weinribiano as quais começam por tentar desconstruir a aproximação entre direito e amor proposta por Weinrib são apresentadas por: GARDNER, John. Review: The Purity and Priority of Private Law, *The University of Toronto Law Journal*, vol.46, n.3, pp.459-493, summer 1996 e RABIN, Robert L. Review: Law for Law's Sake, *The Yale Law Journal*, vol. 105, n. 8, pp. 2261-2283, junho 1996. Nenhum dos dois críticos, no entanto, compreendeu que a aproximação entre direito e amor não era para afirmar que direito e amor são fenômenos com características idênticas. Rabin critica Weinrib por cometer o equívoco primário de não se dar conta de que o amor, ao contrário do direito, não é um produto do Estado. Concorde-se ou não com Weinrib, seu ponto parece ser outro. Ao comparar direito e amor o objetivo é chamar a atenção para o fato de que há fenômenos que podem ser compreendidos em si mesmo em oposição a fenômenos que são mais bem compreendidos instrumentalmente.

⁴⁶ No que concerne à responsabilidade civil, os *crits* concluem que, dada a presença, dentro da responsabilidade civil, de princípios conflitantes, em geral compensação e dissuasão, que geram incoerências, a melhor agenda prescritiva é defender a abolição da responsabilidade civil e sua substituição por sistemas de seguro social por acidentes. Essa literatura é chamada por Weinrib de "abolicionista". Nesse sentido, ver SUGARMAN, Stephen D. Doing away with tort law. *California law review*, v. 73, p. 555-664, 1985.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Esse olhar interno ao direito não seria uma imposição do teórico, mas uma metodologia sensível à natureza do próprio direito.

Do ponto de vista epistemológico, essa maneira de compreender o fenômeno jurídico seria superior porque independe que algo externo ao próprio direito, ocorre “por dentro”, isto é, sem o auxílio de categorias e conceitos advindos de outros ramos do conhecimento, como a economia ou a política.⁴⁷

Para esta compreensão “a partir de dentro”, o método formalista prioriza a compreensão da forma sobre o conteúdo, pois entende que é pela forma que é possível determinar qual é a estrutura interna característica de um conceito ou ente, inclusive do direito. Num primeiro momento, o formalismo propõe, em vez de uma avaliação direta dos méritos do direito, uma espécie de suspensão do juízo sobre a qualidade substantiva do direito, se é bom ou mau, se alcança algum objetivo socialmente benéfico para, primeiramente, elucidar o princípio interno de estruturação e organização do direito.⁴⁸ Em outras palavras, é preciso determinar qual é sua forma.⁴⁹

A forma determina um mínimo de racionalidade e, segundo Weinrib, é tão fundamental para a compreensão do direito quanto o é o princípio da não-contradição para a lógica.⁵⁰ A adesão coerente a uma forma implica, na verdade,

⁴⁷ Neste ponto, é preciso aqui registrar uma crítica. Parece-nos insustentável que Weinrib argumente que não haja nenhum ponto de contato entre o direito e as outras esferas, especialmente a política, e não acredito que seja isso que o formalismo sustente. No entanto, Weinrib não nos fornece nenhuma pista de onde e como se dariam esses pontos de contato ou mesmo o que ele entende por política (politics) exatamente. Ele se concentra exclusivamente em sustentar a ideia de que é possível elucidar a natureza do direito por meio dessa reflexão interna a ele.

⁴⁸ Acreditamos que seja por conta desse procedimento que, por vezes, Weinrib seja compreendido como um positivista. Essa compreensão é equivocada, pois ele realmente não está comprometido com a identificação de uma teoria das fontes do direito positivo. Seu objeto, como dito, é outro e mais amplo que as regras jurídicas positivadas, ainda que elas sejam parte desse objeto.

⁴⁹ É interessante que Weinrib afirme que essa ideia de inteligência pela forma é amplamente desconhecida ou ignorada pela teoria do direito contemporânea no sistema de Common Law e, especialmente, nos Estados Unidos, onde o pensamento majoritário é voltado para abordagens instrumentais do direito. Boa parte dos filósofos do direito por ele citados para ilustrar a preocupação com o sentido da forma para a inteligência de fenômenos são da tradição Europa continental. Ele cita Giorgio Del Vecchio, Rudolf Stammler e Emilio Betti como exemplos de que essa preocupação sempre esteve presente na tradição europeia-continental. A exceção ficaria por conta de um filósofo pouco lembrado no mundo anglo-saxão: Michael Oakeshott, autor de *On Human Conduct* (WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 958).

⁵⁰ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 20.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

um mínimo de racionalidade formal necessário para que qualquer objetivo substantivo (conteúdo) bom ou desejável possa se concretizar.

A forma, que circunscreve os diversos conteúdos possíveis, se constitui em três aspectos interconectados: unidade, classe (ou tipo) e caráter. O aspecto mais relevante dentre os três é a unidade, ou estrutura (*unity*), que implica um exercício intelectual de compreender algo como uma "entidade única em seus atributos essenciais", isto é, como um todo que não é inteligível como a mera soma ou justaposição de suas partes, mas no qual cada parte é indispensável para a compreensão do todo.⁵¹

A classe, ou tipo (*kind*), diz respeito ao fato de que a forma é um meio de classificação. A forma não é meramente a possibilidade de se identificar o que a coisa é, mas também propicia agrupá-la com as que compartilham as mesmas características. A classificação é mais um passo no processo de separar características essenciais de não essenciais.⁵²

Por fim, o caráter (*character*) significa o conjunto de características ou atributos decisivos para algo ser o que é. O que o formalismo pretende é fornecer a estrutura metodológica para a integração dos três aspectos da forma (unidade, classe, ou tipo, e caráter) de uma relação jurídica.⁵³ Desse conjunto de atributos (forma) depreendemos a natureza das relações jurídicas.⁵⁴

Entender as relações jurídicas significa identificar sua forma e verificar como e em que medida elas incorporam uma "racionalidade moral imamente". A aderência a essa racionalidade dará à relação jurídica uma coerência entre seus elementos básicos (características) que concretizam a aspiração básica do direito. Assim, diferentemente da premissa funcionalista/instrumentalista de que o direito só pode ser conhecido se conhecidas as funções externas que exerce (objetivos), cujo mérito é independente dele, o formalismo enxerga como função do direito

⁵¹ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 28.

⁵² WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 27.

⁵³ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 114.

⁵⁴ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 959.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

expressar a “racionalidade moral imanente” que lhe é própria, pelas regras de direito positivo, seja pelas práticas institucionais, especialmente dos tribunais.⁵⁵

O formalista sustenta que um fenômeno jurídico difere de um fenômeno natural porque o primeiro pode ser compreendido imanentemente, enquanto o segundo não, porque considera que não há disjunção entre o que está na mente do investigador e o objeto investigado. Se, como afirma Weinrib, o direito é um objeto conceitual, ele está, por assim dizer, na mente do investigador.⁵⁶

A separação entre direito e política, tradicionalmente atribuída ao formalismo, ganha em Weinrib um contorno ainda mais marcante, pois, se for possível sustentar a afirmação de que o direito pode e deve ser compreendido imanentemente, qualquer consideração instrumental (externa) será excluída da explicação, pois será imperfeita, o que incluiria qualquer consideração de ordem política, econômica e até moral.

Weinrib afirma que mesmo uma abordagem que use conceitos notoriamente não instrumentais, como justiça individual (*individual fairness*) ou a concepção kantiana de pessoa como um fim em si mesma, será instrumental se não refletir o caráter, a classe (tipo) e a unidade da relação jurídica, isto é, se não refletir sua forma. Se conceitos morais fizerem parte do direito, isso será porque eles mesmos refletem o caráter do direito como uma ordem coerente e autônoma. Se houver moralidade no direito, será uma moralidade que lhe é própria.⁵⁷ A rigor, sequer será moralidade e sim a normatividade específica do direito que dividirá com a moral um certa terminologia.

⁵⁵ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 957

⁵⁶ Com isso, Weinrib rejeita que o tipo de epistemologia exposta por Thomas Kuhn e Richard Rorty se aplique ao direito. Ver: WEINRIB, Law as a Kantian idea of reason, p. 69; WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 962-964.

⁵⁷ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p. 50

2.1 Do conteúdo para a Forma e De volta para o Conteúdo

Ainda que aceitemos provisoriamente a proposta do formalismo, é preciso esclarecer como se chegaria à forma das relações jurídicas. Ainda que o objetivo seja a identificação da forma, não há outra maneira de se iniciar o processo de inteligência das relações jurídicas, dirá Weinrib, senão partindo-se do conteúdo. Nesta primeira fase, busca-se nas relações jurídicas concretas a identificação das características centrais (essenciais) e das características periféricas, contingentes ou acessórias.

É necessário isolar certos aspectos que pareçam centrais às relações jurídicas na prática jurídica (*legal experience*), isto é, quando advogados, juízes, promotores falam, discutem e raciocinam juridicamente. Weinrib sustenta que essas características centrais são intuitivamente plausíveis para aqueles atuando no nível prático (advogados, juízes, promotores, etc), pois o discurso jurídico as incorpora abertamente ou as pressupõe. O trabalho do teórico formalista é identifica-las e, posteriormente, explicá-las ou rejeitá-las, não se limitando à mera aceitação dessa intuição inicial, cuja centralidade poderia ser negada simplesmente pela defesa de uma intuição diferente.⁵⁸

Há ainda uma segunda fase – o teste da coerência - que serve para estabelecer uma instância de avaliação dessa intuição inicial e para afastar eventuais acusações de que essa intuição sirva como camuflagem para posições ideológicas ou que seja resultado de mera escolha subjetiva do investigador. O caráter central dos elementos intuitivamente selecionados na primeira fase será confirmado se formarem um conjunto coerente entre si: uma relação inteligível internamente – dentro da esfera de normatividade autônoma do direito – consiste em um todo (conjunto de elementos unidos) maior do que a mera justaposição de suas partes.⁵⁹

Em outras palavras, uma relação será jurídica se não for o resultado da mera justaposição de elementos conceitualmente isolados ou inconsistentes entre si.

⁵⁸ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 967.

⁵⁹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 968.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Cada característica inicialmente identificada na primeira fase deve ser um elemento na formação de uma unidade que torna a relação jurídica inteligível como aquilo que “é”. Ou seja, cada característica deve coerentemente expressar a forma subjacente àquela relação jurídica.⁶⁰

2.2 As formas da Justiça e A Normatividade do Direito

Aplicadas as duas fases descritas acima, qual seria o resultado esperado? Iniciando-se pela análise do conteúdo do direito contido no conjunto de materiais jurídicos disponíveis, conforme propõe a primeira fase do método formalista, começa um esforço intelectual (mental) de generalização com vistas a identificar a forma, essa estrutura justificatória mais geral e abstrata subjacente aos materiais jurídicos.

Para Weinrib, se a forma é uma unidade em que todos os componentes são inteligíveis como partes em um todo, a forma do direito deverá abarcar a mais ampla variedade possível de relações jurídicas não por agregação de elementos, mas por um processo de abstração, para que, tomadas as relações jurídicas em conjunto, sejam vistas como a expressão de uma única ideia super-abstrata: a ideia da forma à qual pertencem.⁶¹

Weinrib defende que essa ideia de inteligibilidade por níveis cada vez mais elevados de abstração não é problemática, pois esse processo não é estranho ao raciocínio jurídico tradicional que vai dos casos concretos às regras jurídicas e princípios, articulando-os com conceitos doutrinários. O formalismo se propõe a ir um pouco mais longe nesse processo.

Curioso observar que o direito, visto a partir de sua unidade básica de análise – a relação jurídica – não teria uma forma super-abstrata e super-inclusiva. Weinrib

⁶⁰ A consequência é que o que não for coerente com a forma não será propriamente direito. Veremos que é desse ponto que Weinrib extrai a posição de a responsabilidade objetiva é um erro jurídico; não é propriamente direito privado, mas a positivação de relações que deveriam estar sendo tratadas em outra esfera de normatividade ou em outro campo que não o direito privado. Ver: WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 968.

⁶¹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 976.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

argumenta que a organização de todas as relações jurídicas leva à conclusão necessária de que o direito possui **duas formas**.

Cada particular observável no mundo — por exemplo, cada relação jurídica que surge de um dano não intencional causado pela pessoa A ao patrimônio da pessoa B — pode ser compreendido por meio de e organizado em conceitos cada vez mais abstratos e gerais. O maior grau de abstração e generalidade que é possível alcançar por esse processo mental é atingido quando se chega às **duas formas da justiça, corretiva e distributiva**, enunciadas por Aristóteles no livro V da *Ética a Nicômaco*.⁶² Para além delas não é possível conceber nada mais abstrato ou mais geral e tampouco uma única forma à qual ambas se subsumam.⁶³

Justiça distributiva será o padrão de racionalidade inerente às relações mediatas entre várias partes. Trata-se da forma imanente às divisões proporcionais de benefícios ou de ônus entre grupos de pessoas (relações mediatas) de acordo com um certo critério. Considerações acerca da virtude dessas pessoas podem servir de critério de divisão, mas não necessariamente.⁶⁴ Há um sem-número de critérios possíveis, sendo riqueza, pobreza, mérito intelectual, mérito militar, capacidade contributiva, etc., apenas alguns exemplos. O direito tributário e o direito previdenciário seriam áreas do direito cuja racionalidade moral imanente é explicada pela aderência de suas relações jurídicas particulares à forma da justiça distributiva. Diferentemente da justiça corretiva, a distributiva apresenta uma interface necessária com a política (*politics*), âmbito de definição do critério.

Já a justiça corretiva será o padrão de racionalidade próprio às interações imediatas entre partes ou, nas palavras de Aristóteles, “[...] a justiça nas relações

⁶² ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, 1.129a-1.138b.

⁶³ Nesse ponto é preciso algum cuidado para evitar compreensões equivocadas do argumento weinribiano, pois, no que concerne ao papel da justiça corretiva e distributiva no formalismo. Weinrib defende que a intenção de Aristóteles não é apresentar dois ideais substantivos de justiça ou de igualdade, como muitos filósofos contemporâneos interpretam. Justiça corretiva e justiça distributiva seriam “arquétipos de ordenação racional” (WEINRIB, Ernest. *Aristotle’s forms of justice*, p. 215, tradução nossa) ou padrões que representam “[...] diferentes modos de coerência para relações externas” (WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 982, tradução nossa). Para um exemplo de filósofo que interpreta justiça corretiva e distributiva como princípios substantivos, ver: FLETCHER, George P. *Fairness and Utility in Tort Theory*.

⁶⁴ WEINRIB, Ernest. *Aristotle’s forms of justice*, p. 212.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

privadas”⁶⁵. A justiça corretiva é a justiça das transações voluntárias ou involuntárias entre duas partes diretamente relacionadas. O que importa é a interação direta entre partes, que são consideradas iguais, e as consequências dessa interação — por exemplo, um dano ou uma lesão gerada por uma transação involuntária.⁶⁶ O justo — o “seu” de cada um — será caracterizado pelo meio-termo entre a perda e o ganho.⁶⁷

Assim, quando uma pessoa inflige um dano a outra e a igualdade entre elas é perturbada, o juiz entra em cena para anular essa perturbação na igualdade “subtraindo do ofensor o excesso do ganho”.⁶⁸ Para Weinrib, a existência do juiz não é meramente um elemento de observação fenomenológica, mas sua presença é uma necessidade conceitual advinda da externalidade dos agentes que estão em interação.⁶⁹ O juiz atua como a “justiça viva”⁷⁰, isto é, como um terceiro desinteressado que, ocorrido um evento que perturbe a igualdade entre as partes, age restaurando as duas quantidades originais, tirando da parte que ficou com mais e devolvendo à parte que sofreu a subtração, na exata medida do que foi subtraído.⁷¹

É essa ideia de ligação imediata entre partes consideradas como iguais e esse sentido particular de igualdade operativo na justiça corretiva que servem de base para Weinrib elaborar a ideia formalista da ligação entre o ofensor e o ofendido (*doer and sufferer*) a que ele faz referência em diversos textos em que trata das relações jurídicas de direito privado.⁷²

⁶⁵ ARISTÓTELES, **Ética a Nicomaco**, 1.131b32-33.

⁶⁶ WEINRIB, Ernest. **Aristotle’s forms of justice**, p. 212-213.

⁶⁷ ARISTÓTELES, **Ética a Nicomaco**, 1.132a19-20.

⁶⁸ ARISTÓTELES, **Ética a Nicomaco**, 1.132a7-10.

⁶⁹ WEINRIB, Ernest. Aristotle’s forms of justice., p.222; WEINRIB, Ernest, **The Idea of Private Law**, p. 65.

⁷⁰ ARISTÓTELES, **Ética a Nicomaco**, 1.132a22.

⁷¹ WEINRIB, Ernest. **Aristotle’s forms of justice**, p. 214.

⁷² Esta ideia aparece em inúmeras passagens. Para exemplos, ver: WEINRIB, Ernest. Legal formalism: on the immanent rationality of law, p. 978; WEINRIB, Ernest. Aristotle’s forms of justice. Ratio Juris, v. 2, n. 3, p. 211-226, 1989, p.213; WEINRIB, Ernest. The jurisprudence of legal formalism, p. 588; WEINRIB, Ernest, **The Idea of Private Law**, p. 65.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Weinrib conclui que não há nada na exposição aristotélica que indique a preferência por uma concepção de justiça sobre a outra na ordenação da vida social. Aristóteles não estaria sugerindo nenhum tipo de superioridade de uma sobre outra. Para Weinrib, diferentes esferas da vida social poderiam ser organizadas tanto com base em uma forma quanto em outra, desde que coerentemente ordenadas.⁷³

Conclui-se, assim, que, para o formalismo, existem duas formas subjacentes ao direito: justiça corretiva e justiça distributiva. Elas descrevem as estruturas mais gerais do direito; o grau mais elevado de abstração dos particulares (relações jurídicas concretas) aos universais (as duas formas da justiça).

No entanto, o formalismo vai além desta descrição das estruturas subjacentes ao direito. O formalismo tem ainda uma pretensão avaliativa.⁷⁴ Isso porque, na visão do formalismo, as formas impõem restrições implícitas ao direito positivo ou, quando tais restrições não se impõem, as formas podem ser usadas como ponto de vista crítico aos arranjos do direito positivo ou às decisões judiciais que não atendem a essas restrições implícitas, em especial à restrição de não se atribuir propósitos políticos (extrínsecos) aos ramos do direito governados pela forma da justiça corretiva.

O que estamos chamando de “restrições implícitas” Weinrib vai chamar de normatividade. Consoante às premissas epistemológicas do formalismo, a normatividade – que dá às formas seu caráter prescritivo – não pode derivar de um propósito extrínseco e, portanto, independente do direito. Ou seja, a normatividade não pode derivar de valores como aumento do bem-estar coletivo ou individual, incremento da liberdade individual do cidadão ou na eficiência

⁷³ O exemplo que Weinrib utiliza para ilustrar essa ideia é sempre o mesmo. Ele argumenta que o regime jurídico de indenização por danos pessoais pode ser organizado tanto segundo a forma da justiça corretiva quanto segundo a forma da justiça distributiva. No primeiro caso, a lesão que a ação negligente da pessoa A causa na pessoa B será tratada como um ilícito civil, conforme as regras de responsabilidade civil, e um juiz determinará um valor de indenização que B deverá pagar para A e que restaurará a igualdade perturbada pelo ilícito. No segundo caso, o mesmo fato será tratado dentro de um esquema de compensação. Haverá um fundo previamente estabelecido para o qual um grupo determinado de pessoas contribuirá, ele será acionado. Fazendo A jus a receber uma compensação paga pelo fundo para o qual B contribuiu anteriormente, A será ressarcido do prejuízo sofrido. Ver: WEINRIB, Ernest. *Aristotle's forms of justice*, p. 214.

⁷⁴ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 995-996.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

econômica. A normatividade também não pode derivar do processo legislativo, por meio do qual um propósito ou um objetivo social ganha existência como direito positivo.⁷⁵

A sustentação da perspectiva interna (imanência) - ideia-chave para o formalismo - depende de se encontrar um fundamento para a normatividade das formas da justiça que seja também imanente ao próprio direito. Para o formalista, a "semente" da normatividade está nas próprias formas, pois, "[...] justiça corretiva e distributiva são normativas não porque outra coisa as faz normativas, mas porque constituem a natureza essencial da normatividade com respeito às relações externas entre pessoas"⁷⁶.

É na filosofia do direito de Kant que Weinrib encontrará uma referência. O cerne de seu argumento é que a normatividade kantiana (*Kantian normativity*) - especificamente na noção kantiana de direito (*notion of Kantian right*) - está pressuposta nas formas da justiça. Como relembra Weinrib, as formas da justiça são tão abstratas que não incorporam nenhuma noção de bem (*good*) e propõe que as formas da justiça aristotélicas e a concepção de direito kantiana (*Kantian right*) sejam entendidas como explicações articuladas e compatíveis da inteligibilidade não instrumental das relações jurídicas. A noção kantiana de direito (*notion of Kantian right*) explicaria a inteligibilidade (racionalidade) das formas da justiça com base na ideia de atos livres (*free acts*) necessários aos imperativos categóricos da razão (*categorical imperatives of reason*).⁷⁷

A justiça corretiva, diz Weinrib, pode ser apresentada em termos kantianos como o ponto de vista pelo qual as pessoas morais - os númenos⁷⁸ - veem umas as outras, isto é, "[...] como a ordenação de interações imediatas que pessoas morais

⁷⁵ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 996.

⁷⁶ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 996, tradução nossa.

⁷⁷ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 996.

⁷⁸ Númeno, ou noumeno, é um termo usado na tradição platônica e reintroduzido por Kant para designar o conhecimento racional que identifica pelo pensamento as coisas tais como elas são (realidade inteligível); realidade absoluta (coisa em si). (LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 741-742, verbete númeno).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

kantianas reconheceriam como expressivas de sua natureza.”⁷⁹ Segundo o autor, as pessoas morais (*moral persons*) têm o dever de interagir umas com as outras de maneira a não violar a igualdade formal; seus atos, enquanto atos de entes livres (*free beings*), devem coexistir com a liberdade de todos. Weinrib considera que esta obrigação não é uma imposição de fora para dentro, mas uma consequência conceitual da natureza das pessoas morais presente na forma da justiça corretiva.

Assim, o formalismo weinribiano entende que a justiça corretiva pressupõe a ideia de personalidade moral (*moral personality*). Consequentemente, as obrigações expressas pela teoria do direito kantiana relativas aos entes livres agindo de acordo com leis morais (*free beings under moral laws*) estariam implícitas na inteligibilidade das interações imediatas entre partes.⁸⁰

A conclusão de Weinrib é que ambas as formas da justiça incorporam uma única pressuposição normativa, presente na de interação entre pessoas morais. Todavia, como esses dois tipos de interação expressam dois tipos distintos de igualdade, a pressuposição normativa subjacente a eles também se manifesta de maneiras distintas no direito positivo. Na justiça corretiva, essa pressuposição normativa se manifesta em termos de deveres recíprocos das partes de não interferirem injustamente naquilo que concretiza a personalidade moral de cada um, isto é, seu corpo e sua propriedade, e nos direitos que são correlativos a esses deveres. Por conta disso Weinrib irá sustentar que o direito privado, enquanto campo que regula as interações imediatas entre partes, se define como um conjunto de direitos e deveres de não interferência na integridade física e na propriedade alheia, constringendo e, ao mesmo tempo, protegendo todos os entes dotados de personalidade moral.⁸¹

Na justiça distributiva, há uma relação entre pessoas mediada por um objetivo determinado pela autoridade política. A normatividade, nesse caso, funciona na

⁷⁹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 998, tradução nossa.

⁸⁰ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 998.

⁸¹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 999.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

própria mediação, exigindo que a autoridade política, ao exercer seu poder de definição do critério de distribuição, “[...] respeite a personalidade moral conformando-se à estrutura justificatória imanente a todas as distribuições”.⁸² Caso contrário, haverá a possibilidade de invalidação da distribuição, pelo judiciário, dos atos do legislativo e do executivo.⁸³

A consequência dessas afirmações de Weinrib parece ser que as formas da justiça impõem — de maneira antecedente à criação do direito positivo — essa normatividade na concepção kantiana de direito (*right*) e personalidade (*personality*). O direito positivo poderá ou não refletir essa normatividade imanente, e, caso não reflita, Weinrib parece defender que o Judiciário pode agir no sentido de reinstaurar essa normatividade, dado que, segundo o formalismo, ela não é pré-jurídica, mas jurídica em sua plenitude, estendendo sua força sobre o direito positivo que se opõe a ela. Um julgamento, segundo ele, “[...] é declaratório dessa preexistente força moral.”⁸⁴

Ademais, ele afirma que o direito assume que, conceitualmente (*notionally*), o padrão declaratório dos julgamentos está presente nas interações no momento de sua ocorrência, isto é, de forma antecedente à análise pelos tribunais, atestando que a ordenação coerente das transações (voluntárias ou involuntárias) e das distribuições (de ônus ou benefícios) por meio de suas respectivas formas corretiva e distributiva é um exercício inerentemente normativo (*inherently normative exercise*).⁸⁵

⁸² WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 999, tradução nossa.

⁸³ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 999.

⁸⁴ A afirmação completa de Weinrib a esse respeito é a seguinte: “The retrospective [operation of legal remedies] presumes that the standard had moral force at the time of the action at issue in the suit, and that the judgment is declaratory of this pre-existing moral force” (WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 999).

⁸⁵ Aqui observamos outro ponto que parece problemático. As afirmações acerca da normatividade imanente às formas não passam, nos trabalhos de Weinrib, de meras asserções. Ao contrário do que diz Weinrib, sua plausibilidade não parece óbvia ou intuitiva, mesmo ao leitor mais familiarizado com estes temas.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme argumentamos em trabalho anterior, é possível compreender o formalismo como uma teoria geral do direito.⁸⁶ Porém, é certo que a preocupação fundamental de Ernest Weinrib é explicar o direito privado, sendo que seu argumento central foi desenvolvido a partir das tentativas de compreensão da fundamentação filosófica da responsabilidade civil. Na parte final deste artigo, exporemos como se opera a conexão entre formalismo, justiça corretiva e responsabilidade civil.

Começamos pela análise que o autor faz dos componentes que formam a relação jurídica no âmbito da responsabilidade com culpa (*negligence law*) que, como se verá, será considerado o “caso central”, em oposição à responsabilidade objetiva (*strict liability*), discutida na sequência, que o autor qualifica como um “erro jurídico”.

3.1. A responsabilidade com culpa como caso central

Como a primeira fase do método formalista inicia-se pela observação do conteúdo das relações jurídicas, Weinrib sugere que, quando examinamos situação concretas de responsabilidade civil — por exemplo, um caso de responsabilidade civil por dano moral decorrente de um grave constrangimento público causado pelo estabelecimento A ao cliente B ou de responsabilidade civil por negligência médica do profissional C em relação ao paciente D —, nós os visualizamos com base em alguns conceitos jurídicos mais ou menos fixos e amplos, capazes de dar conta de classificar e organizar todos os casos concretos. Tratam-se dos conceitos tradicionais da dogmática de responsabilidade civil, tais como: direito, dever, ato ilícito, dano, culpa, nexos de causalidade, etc.

Esses conceitos, por sua vez, são concebidos à luz de noções ainda mais abrangentes. No sistema de *Common Law*, por exemplo, o nexo de causalidade só

⁸⁶ Neste sentido, ver: BARBIERI, Catarina Helena Cortada Barbieri. *Fundamentos teóricos da responsabilidade civil*, 144f, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008; e, sobretudo, BARBIERI, Catarina Helena Cortada Barbieri. **O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil**, 267p., Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012e, sobretudo, 2012.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

é estabelecido quando há uma ação que resulta em dano (*misfeasance*)⁸⁷, e não em situações de omissão (*nonfeasance*)⁸⁸. Assim, o conceito de dano circunscreve todo um conjunto de fenômenos de caráter comissivo. Do ponto de vista da estrutura institucional, as partes podem levar seus pleitos ao Judiciário. O juiz – terceiro imparcial e desinteressado ou a “justiça encarnada” como dizia Aristóteles – articulando esse conjunto de regras jurídicas, procedimentos institucionais e conceitos doutrinários determinará que o réu transfira ao autor certa soma de dinheiro (*damages*).

Essas características doutrinárias, conceituais e institucionais são “coisas a respeito das quais os advogados discutem”⁸⁹. Segundo Weinrib, a relevância dessas características não está na frequência estatística em que aparecem no discurso jurídico, mas no fato de ser por meio delas que pensamos, elaboramos e participamos da experiência do direito.

A análise das decisões dos tribunais e de regras positivas, princípios e conceitos doutrinários que são desenvolvidos por aqueles que “participam do direito” nos leva à identificação das seguintes ideias centrais: presença de direito e dever correlatos, culpa, indagação sobre o nexo de causalidade entre ação e dano com considerações acerca da causalidade fática, causa próxima e causa remota e a ideia de que o tribunal (juiz) deve atribuir uma medida corretiva (reparadora), uma indenização, cujo valor deve guardar relação com o dano.

Todos esses elementos sugerem que “[...] a **bipolaridade** é a chave para a coerência na responsabilidade com culpa.”⁹⁰ Observa-se que todos os elementos citados ligam as duas partes envolvidas por meio de conceitos estruturados correlativamente. Bipolaridade e correlação são as chaves para apreender o

⁸⁷ Misfeasance é o desempenho impróprio de algum ato que a lei faculta ou a má execução de um ato lícito (BLACK’S LAW DICTIONARY, 8ed., St. Paul: Thomson/West, 2004, verbete misfeasance).

⁸⁸ Nonfeasance é a omissão quando existe o dever de agir. Trata-se de inação, conduta passiva em oposição à ação que se conduz erradamente, que é chamada de misfeasance (BLACK’S LAW DICTIONARY, verbete nonfeasance).

⁸⁹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 967, tradução nossa.

⁹⁰ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 969, tradução e ênfase nossa.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

fenômeno. E é a forma da justiça corretiva que expressa essas ideias. Para Weinrib:

Uma concepção de responsabilidade extracontratual na qual o autor pode ser indenizado pelo réu pelo dano na ausência de ilícito ou na qual o réu é responsável em relação ao autor por uma ofensa que não se materializa em dano seria uma “monstruosidade conceitual” produzida pelo despedaçamento dos aspectos [...] tem significado somente em combinação.⁹¹

Uma “monstruosidade conceitual” pode existir no mundo jurídico, mas que não pode ser concebida, do ponto de vista estritamente conceitual, como uma unidade coerente. Para a teoria formalista do direito, afirmar que algo é uma monstruosidade conceitual equivale a afirmar que algo é ininteligível, isto é, que há uma disjunção entre forma e conteúdo.⁹² Como exporemos a seguir, a responsabilidade objetiva (*strict liability*) seria um caso desses.

Como exposto no item 2.1 supra, o formalista precisa chegar à forma subjacente às características centrais e, posteriormente, verificar se as características são realmente centrais por referência à forma. Trata-se de um movimento circular: inicialmente, identificam-se as características centrais com base no conteúdo do direito para, por um processo mental de regressão a níveis de conceitos cada vez mais abrangentes e abstratos, se chegar à explicitação da forma subjacente a elas; no momento seguinte, verifica-se se a identificação inicial estava correta, tendo a forma como referência.⁹³

Assim, o processo de intelecção do direito está completo quando sua forma é exibida e seu conteúdo se ajusta coerentemente a essa forma num movimento de reforço mútuo. Como exposto anteriormente, a experiência jurídica, isto é, a

⁹¹ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 969, grifos e tradução nossos.

⁹² Uma “monstruosidade conceitual” seria algo concebível pelo intelecto, algo que pode ser representado na mente do sujeito pensante, mas que falha em ser uma unidade coerente (OAKESHOTT, 1933 apud WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 969-970).

⁹³ O próprio Weinrib afirma que esse movimento é circular. Diz ele que se trata de um círculo de pensamento que vai “do conteúdo do direito para a compreensão jurídica imediata desse conteúdo, para a forma implícita nessa compreensão, para a explícita elucidação da forma, para o teste da adequação do conteúdo a sua forma agora explícita” (WEINRIB, Ernest. *Legal formalism: on the immanent rationality of law*, p. 974, tradução nossa).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

efetiva prática do direito, tem um papel importante, ainda que provisório, no processo de identificação inicial dos elementos do direito. Todavia, se esses elementos forem realmente fundamentais, eles serão as partes de uma unidade distintiva que faz das relações jurídicas o que elas são. Weinrib conclui, a esse respeito, que:

“Forma é a ideia organizadora latente no conteúdo de uma cultura jurídica sofisticada e o teste último para o conteúdo jurídico e a sua adequação à forma que expressa. Nesse movimento, a compreensão do direito é completamente interna ao que é compreendido”⁹⁴

A questão é que, se a forma da justiça corretiva é imanente à responsabilidade com culpa (*negligence liability*), o mesmo não ocorreria com a responsabilidade objetiva (*strict liability*), considerada por Weinrib um erro jurídico ou, na expressão já usada, uma “monstruosidade conceitual”, devendo ser rejeitada por sua incoerência.

3.2. A responsabilidade objetiva (*strict liability*): erro jurídico

A responsabilidade objetiva (*strict liability*) é um ramo da responsabilidade civil em que a culpa não é requisito necessário para o dever de indenizar, mas apenas o dano. Segundo o formalismo, o que se nota na responsabilidade objetiva (*strict liability*) é o rompimento da unidade imediatamente estabelecida entre as partes (autor-vítima e réu-ofensor).

Ao não indagar pela culpa do agente, dá-se reconhecimento a uma das partes – o autor-vítima – desconsiderando-se a posição moral da outra. Quebra-se a bipolaridade e a correlação entre as partes. Constitui-se uma situação jurídica em que o réu deve ser considerado responsável por qualquer penetração no espaço do autor, ou seja, demarca-se um espaço em que o autor fica imune a qualquer interferência ou percepção de efeitos de ações realizadas por outras pessoas. Essa

⁹⁴ WEINRIB, Ernest. **Legal formalism: on the immanent rationality of law**, p. 974, tradução nossa.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

zona de imunidade restringe unilateralmente as ações do réu, gerando desigualdade nocional entre as partes.⁹⁵

Desigualdade e quebra da bipolaridade significam a ausência de correlação entre direito e dever. Esta consideração – excessiva, segundo Weinrib – pelos direitos do autor-vítima, faz com que seja tomados como "um sacrossanto domínio de autonomia"⁹⁶.

O autor-vítima é considerado imune a qualquer tipo de interferência em sua esfera de liberdade (sua pessoa e sua propriedade), tendo direito absoluto a essa esfera de liberdade, sem que haja um dever correlato; isto porque o dever não existe previamente ao dano, é somente retrospectivamente que, ocorrido o dano, se identifica a ação do ofensor como ilícita.⁹⁷

Conforme a teoria formalista, os interesses do autor são os únicos levados em consideração, determinando unilateralmente os contornos da relação que, em si, deveria ser bilateral, o que é incompatível com a forma da justiça corretiva.⁹⁸ Conforme o princípio de Direito (*right*) kantiano, consideradas as partes como dotadas de um mesmo *status* moral, a responsabilização deve proceder da inconsistência da ação do ofensor com essa mesma posição moral e a indenização servir para defender a dimensão moral da capacidade de agir da vítima e

⁹⁵ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p.177

⁹⁶ Segundo Weinrib: "Under strict liability, the plaintiff's person and property are a sacrosanct domain of autonomy, within which the plaintiff is entitled to freedom from interference by anyone else." (WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p.179).

⁹⁷ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p.179.

⁹⁸ O chamado "padrão subjetivo" de responsabilização (subjective standard) padeceria de um problema similar ao da responsabilidade objetiva, mas em sentido inverso. Nele, considera-se que um agente-ofensor somente pode ser responsabilizado considerando-se um padrão de conduta e um nível de cuidado ao agir que ele seja capaz de seguir, isto é, um padrão determinado em função das capacidades pessoais do agente e não, conforme o padrão objetivo de cuidado que é adotado na responsabilidade com culpa (negligence law) (WEINRIB, *The Idea of Private Law*, p.177). A desigualdade observada no padrão subjetivo de responsabilização espelha a ausência de um direito correlato a um dever, a estrutura não é bipolar como exige a forma da justiça corretiva; não há coerência interna aos elementos dessa relação jurídica. Já a doutrina do deep pocket (doutrina do bolso profundo) é aplicada por tribunais com o objetivo de não deixar a vítima sem indenização. Para garanti-la, escolhe-se dentre os potenciais responsáveis pelo dano aquele em melhor situação financeira, transferindo-se para ele toda a responsabilidade econômica decorrente da indenização. Aqui a correlação entre autor e réu também é quebrada por um fator prático externo e, na concepção de Weinrib, completamente arbitrário à relação entre vítima e ofensor (WEINRIB, Ernest. *Private Law and Public Right*. **University of Toronto Law Journal**, vol. 61, p.191-211, 2011, p.193).

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

potencialmente de qualquer outro ente moral por meio do desfazimento, via correção, daqueles atos incapazes de coexistir com a capacidade para agir. Seria esta correlação e bipolaridade presente na consideração recíproca da capacidade de agir livre dos entes morais que estaria faltando da responsabilidade objetiva.⁹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em seu livro mais recente, lançado em 2012 e intitulado *Corrective Justice*, Ernest Weinrib volta ao tema da relação entre justiça corretiva e direito privado, não para alterar os pontos fundamentais defendidos anteriores, mas para reiterá-los e ampliar ainda mais o seu alcance. Ainda que abandone a expressão “formalismo jurídico” nesse último livro, a ideia fundamental permanece a mesma: que uma teoria de compreensão do mundo que busque entender, organizar e classificar o substrato fático – as relações jurídicas concretas – por meio de categorias formais e abstratas – as formas da justiça – com vistas a inteligência do direito como um fenômeno normativo dotado de tendência à coerência interna não apenas é possível como será superior a outras maneiras de compreensão do direito.

Para Weinrib, a responsabilidade civil será coerente internamente quando as regras, conceitos jurídicos e decisões judiciais aplicáveis às relações jurídicas concretas expressarem a forma da justiça corretiva informada pela normatividade imposta pelo princípio de Direito (*right*) kantiano. Não apenas a responsabilidade objetiva, mas doutrinas e regras jurídicas que imponham uma disjunção na bipolaridade e correlação entre direito do autor-vítima e dever do réu-ofensor, como é o caso da doutrina de *deep pocket* ou o “padrão subjetivo” de responsabilização, deverão ser considerados erros jurídicos.

Weinrib não deixa claro o que deveria ser feito, mas é razoável supor que estas considerações possam fundamentar uma reforma da legislação. Mais difícil é determinar o papel que o Judiciário deveria ter, se poderia ou não corrigir tais monstruosidades conceituais agindo *contra legem*. Para isso, seria preciso uma

⁹⁹ WEINRIB, Ernest. **The Idea of Private Law**, p.181.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

teoria formalista da interpretação jurídica que deixasse mais clara a função do Judiciário.

A reabilitação do formalismo nas bases apresentadas por Weinrib traz uma contribuição inovadora para a compreensão da racionalidade jurídica subjacente ao direito privado e à responsabilidade civil. Ainda que não esteja livre de críticas, trata-se de um autor instigante e que ajudou a montar uma agenda de questões relevantes no campo da fundamentação do direito privado.

Evidentemente os exemplos de doutrinas de responsabilidade civil analisadas por Weinrib dizem respeito ao sistema de *Common Law* no qual esse autor está inserido. Ainda assim, se as teses de Weinrib estiverem corretas ou pelo menos iluminarem alguns aspectos relevantes da prática jurídica, outros sistemas jurídicos complexos poderão ser compreendidos, analisados e criticados nos mesmos moldes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, trad. Mario Gama Kury, Brasília: UnB, 1985.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada Barbieri. **Fundamentos teóricos da responsabilidade civil**, 144f, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. **O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil**, 267p., Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COLEMAN, Jules. On the Moral Argument for the Fault System, **The Journal of Philosophy**, Vol.71, Nº 14, ago. 1974.

_____. **The morality of strict liability**, **William & Mary Law Review**, Vol. 18, 1976.

BLACK'S LAW DICTIONARY, 8ed., St. Paul: Thomson/West, 2004.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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**, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

_____. **Fundamentos constitucionais do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

ENGLARD, Izhak. The System Builders: A Critical Appraisal of Moderns American Tort Theory, **The Journal of Legal Studies**, Vol.9, Nº 1, 1980.

_____. **The Philosophy of Tort Law**, Cambridge: Dartmouth Publishing Group, 1993.

EPSTEIN, Richard. A Theory of Strict Liability, **The Journal of Legal Studies**, Vol.2, Nº 1, jan. 1973.

_____. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraint, **The Journal of Legal Studies**, Vol.8, Nº1, 1979a.

_____. Causation and Corrective Justice: A reply to two critics, **The Journal of Legal Studies**, Vol.8, Nº 3, 1979b.

FISS, Owen M. **The Death of Law?**, **Cornell Law Review**, Vol. 72, Nº 1, 1986.

FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory, **Harvard Law Review**, Vol.85, Nº 3, 1972.

GARDNER, John. Review: The Purity and Priority of Private Law, **The University of Toronto Law Journal**, vol.46, n.3, pp.459-493, summer 1996.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**, 2ª ed., Torino: Utet, 2002.

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites: contribuição à crítica do direito privado**, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

OWEN, David (org.) **Philosophical Foundations of Tort Law**, Oxford: Oxford University Press, 1995.

POSNER, Richard. "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", **The Journal of Legal Studies**, vol.10, n.1, pp.187-206, jan. 1981.

SIMMONDS, N. E. **Central Issues in Jurisprudence**, 2ª ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 2002.

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

WEINRIB Ernest, J. **Corrective Justice**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Private Law and Public Right. **University of Toronto Law Journal**, vol. 61, p.191-211, 2011.

_____. 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, 1993.

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

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

BARBIERI, Catarina H. C. O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

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

RABIN, Robert L. Review: Law for Law's Sake, **The Yale Law Journal**, vol. 105, n. 8, pp. 2261-2283, junho 1996.

SUGARMAN, Stephen D. Doing away with tort law. **California law review**, v. 73, p. 555-664, 1985.

TUNC, André. **La Responsabilité Civile**, Paris: Économica, 1989.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**, 3ª ed., Oxford: Claredon, 1998.

Submetido em: março de 2016.

Aprovado em: março de 2016.