

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MESTRADO**

**UM MUNDO REFEITO: O CONSEQÜENCIALISMO  
NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER**

**Luiz Reimer Rodrigues Rieffel**

**Porto Alegre**

**Agosto de 2006.**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MESTRADO**

**UM MUNDO REFEITO: O CONSEQÜENCIALISMO  
NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER**

**Luiz Reimer Rodrigues Rieffel**

*Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação  
Stricto Sensu em Direito, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de mestre, sob orientação do Prof. Dr.  
Luis Fernando Barzotto.*

Porto Alegre, 1º de agosto de 2006.

**Luiz Reimer Rodrigues Rieffel**

**UM MUNDO REFEITO: O CONSEQÜENCIALISMO  
NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Aprovada em                    de                    de 2006, pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais*

*Aos meus amigos Arthur M. Ferreira Neto,  
Edgar da Silva Aristimunho, Elisa Olívia  
Giacobbo, Maria Emília Corrêa da Costa,  
Sílvia Beatriz Gonçalves Câmara e Tiago  
Scherer.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao Professor Doutor Luis Fernando Barzotto pela sólida orientação prestada a mim, pela paciência e por todo o incentivo durante o curso do mestrado.

Também agradeço ao Professor Doutor Cláudio Fortunato Michelin Jr. por ao longo do curso de mestrado ter sido um dos meus maiores incentivadores, tendo-me diretamente auxiliado - com livros, conselhos e alguma paciência - a chegar ao termo desse estudo.

Ao Professor Jorge Cesa Ferreira da Silva agradeço a disposição por ter lido uma versão anterior do presente trabalho e ter realizado, com muita paciência, uma crítica certeira, ficando sempre disposto ao auxílio.

Sou muito grato à Maria Emília Côrrea da Costa por todo o auxílio prestado para a realização deste trabalho e aos também amigos Andrei Gustavo Paulmichl, Elisa Olívia Giacobbo, Edgar da Silva Aristimunho, Gláucia Retamozo Alves, Hélio Corbellini Filho, Marcos Aurélio Dusso, Marcos Eduarte Reolon, Rafael Webber, Rogério A. Fernandes de Carvalho, Rogério B. Alves, Sílvia Beatriz Gonçalves Câmara e Tiago Scherer pelo incentivo que recebi para fazer a seleção para o Mestrado em Direito na UFGRS.

Quatro dentre estes tiveram, porém, uma importância especial: Edgar da Silva Aristimunho, Maria Emília Corrêa da Costa, Sílvia Beatriz Gonçalves Câmara e Tiago Scherer. Se “os anos ensinam muitas coisas que os dias desconhecem”, como dizia Ralph Waldo Emerson, o convívio com estes amigos, ao longo do tempo, tem possibilitado a mim aprender muito além das minhas limitações.

Registro o meu agradecimento ao Professor e Procurador Regional da República Paulo Gilberto Cogo Leivas que me auxiliou com o empréstimo de livros e com a sua disposição de discutir e indagar acerca dos temas que envolvem esta dissertação. Expresso também a minha gratidão ao e Procurador Regional da República Roberto Luís Oppermann Thomé por todo o apoio, amizade e incentivo recebidos desde os tempos de estágio na

Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Da mesma maneira, este trabalho não teria sido possível sem o apoio de amigos como Carlos Alberto Koakoski, Daniel Burlacenko, Eduardo Gomes Plastina, Karin Palombini Ghres, Marcos Aurélio Dusso, Márcio Rogério de Oliveira Bressan, Roberta Irber Redel e Rogério A. Fernandes de Carvalho.

Gostaria de expressar a minha gratidão a Arthur M. Ferreira Neto, Carlos Roberto Lima Paganella, Francisco Donizete Gomes, Renato Hungria e Tiago Scherer por todas as longas discussões relativas ao tema deste trabalho e sobre o direito.

Aos amigos do Grupo de Filosofia e Direito Privado e do Grupo de Teorias da Justiça da Universidade Federal do Rio Grande do Sul registro a minha felicidade em ter participado em frutíferas discussões e debates que muito contribuíram para esta dissertação.

Aos colegas do Gabinete 14ºAlto da Procuradoria Regional da República da 4ª Região, Alessandra Casaril, Henrique B. Stella, Lívia Cynara Prates Thomé, Natascha Maldonado Severo, Neice Félix Mesquita, Patrícia Kohlmann Amato, agradeço por todo o incentivo e apoio recebidos. Ainda no Ministério Público Federal, agradeço, também, o apoio recebido dos Procuradores Douglas Fischer, Samantha Chantal Dobrowolski e Waldir Alves.

Não poderia deixar de agradecer a todos que leram o presente texto, permitindo-me reduzir os equívocos cometidos: os Professores Arthur M. Ferreira Neto, Adroaldo Jr. Vidal Rodrigues e Marcos Aurélio Dusso; da mesma forma, foi fundamental a leitura realizada por Edgar da Silva Aristimunho, Lívia Cynara Prates Thomé, Lucas Dutra Bortolozzo, Maria Emília Corrêa da Costa, Paulo Caruso Baptista MacDonald e Sílvia Beatriz Gonçalves Câmara. Sou imensamente grato, também, pela leitura de partes deste trabalho, à Professa Doutora Luciane Cardozo Barzotto, a Mateus Baldin e à Alessandra Casaril. Por certo, a eles cabem os eventuais créditos do trabalho. Tenho absoluta certeza de que cabe a mim somente os créditos da escolha dos revisores.

Este trabalho não teria sido possível também sem o apoio de todos os funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representados pela Bibliotecária Chefe, Sra. Naila Lomando Touguinha, assim como de todos os funcionários do Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito.

*Não cessaremos nunca de explorar  
E o fim de toda a nossa exploração  
Será chegar ao ponto de partida  
E o lugar reconhecer ainda  
Como da primeira vez que o vimos.  
T. S. Elliot, *Little Gidding**

## RESUMO

Esta dissertação propõe o exame do consequencialismo no direito através do estudo da análise econômica do direito na obra de Richard A. Posner. Na primeira parte do trabalho, três fundamentos desse consequencialismo são apresentados: uma certa visão econômica do mundo; a insuficiência de duas importantes teorias sobre o que é a justiça (Aristóteles e Rawls); e a incapacidade da filosofia moral de auxiliar o direito. Após, passa-se a tratar dos elementos que compõem o conceito central dessa espécie de consequencialismo: a eficiência e a sua aplicação prática. Na segunda parte da dissertação, procede-se ao exame das dificuldades encontradas na aplicação da eficiência, principalmente no raciocínio prático jurídico. A conclusão procura destacar que apesar do raciocínio jurídico não poder ser reduzido a uma particular metodologia econômica, ele deve ser compreendido, sempre que possível, como situado em um contexto de mercado.

**Palavras-chave:** consequencialismo, eficiência, análise econômica do direito, racionalidade econômica.



## ABSTRACT

This work proposes the analysis of consequentialism in law through the study of Law and Economics in the major works of Richard A. Posner and is an attempt to examine its deficiencies as well. In the first part, I argue that this particular form of consequentialism is grounded in three different claims: a particular economic view, the insufficiency of two important theories of justice (Aristotle and Rawls), and the incapacity of moral philosophy to help legal discourse. After establishing the grounds of this type of consequentialism as efficiency, this dissertation will move on to the main elements that form this conception and its practical results. The second part deals with some difficulties involving the use of efficiency, especially in legal reasoning. The conclusion aims to emphasize that even though legal reasoning can not be reduced to a particular type of economic methodology, it can not avoid to be understood in a market context.

**Key words:** consequentialism, efficiency, economic analysis of law, economic rationality.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

apud – citado por (repetido)

Estados Unidos da América - EUA

et al. (et alii) – na citação bibliográfica, indicação de que a obra a que se faz referência tem mais de um autor e se menciona, por concisão, apenas o primeiro.

op. cit. (na obra citada) – obra ou documento já citado

loc. cit. (no lugar citado)

passim – aqui e ali, em diversas passagens

ibidem ou ibid (ib.) – na mesma obra

p. – página

pp. - páginas

ss. – e páginas seguintes

## Sumário

<b>Introdução</b> .....	1
1. O OBJETO DESTES ESTUDO.....	1
2. ESTRUTURA DO TRABALHO.....	4
3. NOÇÃO GERAL SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	9
<b>PARTE I – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO CONSEQUENCIALISMO</b> .....	<b>13</b>
<b>1. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS</b> .....	<b>13</b>
1.1 <i>Insuficiência de duas visões de justiça</i> .....	14
1.1.1 A Justiça Corretiva de Aristóteles.....	15
1.1.2 A Justiça Distributiva de Aristóteles e de John Rawls.....	20
1.2 <i>A Incapacidade Da Filosofia Moral De Auxiliar O Direito</i> .....	24
1.2.1 Os Limites Das Teorias Morais E Os Seus Reflexos No Direito.....	28
1.2.2 Um Exemplo Específico: O Uso De Um Certo Sentido De Razão Prática No Direito.....	31
1.3 <i>Uma Certa Visão Econômica Do Mundo</i> .....	37
1.3.1 A Racionalidade Econômica.....	39
1.3.1.1 Introdução: O Homem Econômico.....	39
1.3.1.2 A Abordagem Econômica.....	40
1.3.3 O “Teorema De Coase”.....	45
1.3.4 Superando O Direito.....	51
<b>2. EFICIÊNCIA ECONÔMICA</b> .....	<b>57</b>
2.1 <i>Preliminares</i> .....	57
2.2 <i>De Pareto A Kaldor-Hicks: O Conceito De Eficiência Econômica</i> .....	59
<b>PARTE II - UM MUNDO REFEITO: LIMITAÇÕES DE UM DIREITO PENSADO EM TERMOS DE EFICIÊNCIA</b> .....	<b>69</b>
<b>1. COMPORTAMENTO HUMANO, RACIONALIDADE ECONÔMICA E DIREITO</b> .....	<b>69</b>
1.1 <i>O Caso De Phineas Gage</i> .....	71
1.2 <i>Maximização Do Auto-Interesse E Consistência</i> .....	75
1.3 <i>Racionalidade Econômica E Superação Do Direito</i> .....	82
<b>2. O QUE ESTÁ FORA DO MERCADO?</b> .....	<b>87</b>
2.1 <i>Mercadorias Contestadas</i> .....	90
2.2 <i>Comensurabilidade E Simplificação</i> .....	93
<b>3. UMA FILOSOFIA MORAL DISSIMULADA?</b> .....	<b>99</b>
<b>4. O MUNDO NECESSITA SER REFEITO?</b> .....	<b>102</b>
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>114</b>

## Introdução

### 1. O objeto deste estudo

Em 1908, em Vermont, nos Estados Unidos da América, um velejador, para salvar-se de uma tempestade, atracou o seu barco, amarrando-o, em um píer próximo do ponto onde se encontrara. No entanto, um empregado do píer, ao perceber que o velejador amarrara o seu barco no píer, dirigiu-se ao local e desamarrou o barco, que havia parado ali em razão da tempestade.<sup>1</sup>

O tribunal considerou o proprietário do píer responsável civilmente pelos danos incorridos pelo velejador, considerando principalmente como fator relevante na sua decisão o estado de necessidade em que se encontrava o autor da ação, e não a ausência do proprietário do píer. Ao assim decidir, o tribunal norte-americano levou em conta o estado de necessidade em que se encontrava o velejador como uma limitação ao direito de propriedade do dono do píer. Nesse sentido, o argumento central dessa espécie limitadora da propriedade sustenta que quando a necessidade de uma pessoa for grande o suficiente, ela poderá utilizar a propriedade de outra mesmo sem o consentimento desta, ou até mesmo contra a sua vontade. Gordley afirma que, mesmo sem explicar por que motivo era justo limitar os direitos de propriedade em situações como essa, os tribunais norte-americanos e os responsáveis pela redação do código civil alemão possuíam a intuição que era necessário existir limites ao direito de propriedade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Trata-se do caso **Ploof v. Putnam**, 71 A. 188 (Vt. 1908).

<sup>2</sup> GORDLEY, James. **The Moral Foundations of Private Law** in *The American Journal of Jurisprudence* n° 47, 2002, p. 7.

Contudo, a mesma decisão não seria encontrada se a questão colocada perante esses tribunais dependesse da percepção daqueles que pretendem explicar o direito em termos de uma determinada visão econômica centrada na noção de eficiência. No pensamento do autor central deste tipo de perspectiva, Richard A. Posner, a eficiência pode auxiliar o direito de maneira a torná-lo mais objetivo, constituindo a principal maneira de avaliação das relações jurídicas. Isso porque a eficiência tem, em tese, a capacidade de possibilitar a criação de uma medida para todas as coisas, constituindo um verdadeiro critério de comensurabilidade.

Exatamente a essas questões dedica-se o presente trabalho. O que se tentará analisar é como o direito é visto pela abordagem consequencialista do que é hoje considerada a mais influente<sup>3</sup> escola americana de teorização jurídica: a Análise Econômica do Direito ou, na simplificação inglesa, *law and economics*. O consequencialismo, para fins do presente estudo, é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, “o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem”.<sup>4</sup> Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que no caso central do consequencialismo “uma ação correta é absolutamente uma noção maximizadora”.<sup>5</sup> Essa idéia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria: a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com um critério específico.

Entende-se que, sob outro aspecto, a investigação de uma escola de origem norte-americana justifica-se pela observação de uma crescente americanização do direito em vários

---

<sup>3</sup> O diretor da faculdade de direito de Yale, Estados Unidos, Anthony T. Kromman, sustentou que a análise econômica do direito “continua e permanece sendo a mais influente escola de teoria do direito” nos Estados Unidos. **Second Driker Fórum for excellence in the Law** in *Wayne Law Review* no 42, vol 115, 1995, p. 160.

<sup>4</sup> RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Estados Unidos da América: Harvard, 1971, p. 24.

países<sup>6</sup>, inclusive no Brasil. Ao utilizar a economia para avaliar e prescrever como o direito deve ser, a análise econômica do direito faz uso da principal via de acesso desse fenômeno de americanização.<sup>7</sup>

O propósito do presente trabalho, portanto, é, inicialmente, formular a hipótese que a *law and economics* - segundo a visão do seu maior expoente e de suas referências teóricas, o Juiz Federal<sup>8</sup> e professor da universidade de Chicago, Richard A. Posner - encontra-se estruturada e fundamentada através de determinadas premissas. Todavia, é importante enfatizar também que não está incluída na proposta deste estudo um exame global da obra de Posner.

Em relação a esta última afirmação, é importante destacar que Posner é considerado um dos intelectuais mais prolíficos da história americana. Além do seu trabalho como Juiz Federal<sup>9</sup>, Posner já publicou trinta e oito livros e mais de trezentos textos, entre artigos, editoriais e resenhas. Os assuntos abordados incluem, entre outros: catástrofes naturais, o impeachment de Clinton, a decisão da Suprema Corte na eleição presidencial de 2000, sexo, o relatório sobre os atentados de 11 de setembro de 2001, direito antitruste, democracia, pragmatismo, filosofia moral e economia.

Mesmo não sendo o objetivo do trabalho uma análise de toda obra de Posner, sua vasta produção intelectual não foi ignorada na pesquisa deste estudo, tendo sido consultados, além de seus principais livros, inúmeros artigos e conferências. A consulta realizada em suas

---

<sup>5</sup> SMART, J. J., WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism: for and against**. Reino Unido: Cambridge University, 1973, p. 85.

<sup>6</sup> Nesse sentido, ver “L’americanisation du droit”, in Archives de philosophie du droit, tome 45, 2001.

<sup>7</sup> FREEDMAN, David. **L’americanisation du droit français par la vie économique** in Archives de philosophie du droit, tome 45, p. 207.

<sup>8</sup> Na *United States Seventh Circuit Court of Appeals*.

<sup>9</sup> No Brasil a sua posição assemelha-se a de um Desembargador Federal.

publicações mais significativas permite que se conclua que a análise econômica do fenômeno jurídico constitui o eixo central de toda a sua produção, apesar da amplitude dos temas abordados.

O conjunto de sua obra pode ser dividido em duas espécies de abordagens: a primeira trata da aplicação ao direito e outras disciplinas dos fundamentos da sua visão econômica de mundo, como por exemplo a idéia de um direito contratual ou constitucional que siga os postulados desta perspectiva, ou a circunstância de a economia poder ajudar na prevenção e no tratamento de catástrofes naturais; a segunda englobaria os trabalhos em que seu foco é defender filosoficamente a sua concepção de análise econômica do direito. Para os fins deste trabalho, buscou-se dar maior relevo aos textos que se situam nesta segunda abordagem.

Em consequência, o desenvolvimento do objeto escolhido impôs uma análise dos principais problemas e limitações que a noção de eficiência, a ser abordada no segundo capítulo da primeira parte, irá trazer ao seu partidário, caso seja entendida isoladamente.

## **2. Estrutura do trabalho**

Inicialmente, é oportuno referir que as citações de textos em língua estrangeira nesta dissertação correspondem a traduções realizadas pelo próprio autor dos originais. Para o fim de não aumentar excessivamente o volume deste trabalho, optou-se por não incluir a versão original em inglês na nota de rodapé; contudo, as referências estão apontadas exatamente para a página do texto em língua estrangeira, permitindo ao leitor por si averiguá-las.

A fim de examinar o objeto proposto, em sua primeira parte, este trabalho pretende sustentar que a Análise Econômica do Direito, especialmente a defendida por Posner, é um tipo de consequencialismo que se articula sob a égide de três fundamentos:

- 1) a demonstração da insuficiência de duas importantes teorias sobre o que é a justiça: a visão aristotélica e a justiça como imparcialidade<sup>10</sup> [*fairness*] de John Rawls, no que tange especificamente ao seu ponto de partida (a posição original) e o princípio distributivo que dela decorre;
- 2) a incapacidade da filosofia moral de auxiliar o direito.
- 3) uma determinada visão econômica do mundo (e seus desdobramentos);

Após estabelecer os fundamentos a partir dos quais se apoiará a Análise Econômica do Direito para Posner, este trabalho buscará argumentar quais são os elementos centrais que compõem a noção de eficiência. Nesse sentido, propõe-se que a referida composição reside em entender como conceitos análogos “maximização de riqueza” e “eficiência econômica”. A explicação destes conceitos terá como foco os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks. Destaca-se também que a tese central da primeira parte do presente estudo é a de afirmar que a Análise Econômica do Direito, em Richard Posner, é uma espécie de consequencialismo por estar centrado na noção de eficiência econômica como meio de produzir e avaliar resultados.

---

<sup>10</sup> A tradução costumeira no Brasil para a teoria de Rawls de *justice as fairness* é justiça como equidade. Todavia, optamos pela palavra imparcialidade, geralmente utilizada nas traduções espanholas. Autores como Brian Barry (**Justice as Impartiality**. Reino Unido: Oxford, 1995), ao interpretarem Rawls, argumentam que *justice as fairness* significa *justice as impartiality*.



A segunda parte desta dissertação pretende ser uma investigação dos tipos de limitações que as noções de eficiência e de racionalidade econômica de Posner trazem ao seu adepto. Posner, ao criticar as duas teorias acima mencionadas sobre o que é a justiça, postula a superioridade da sua visão em relação a estas principalmente em termos de uma descrição de como o mundo realmente é ou do que se pode dizer sobre o mundo. Dito de outra forma, o aplicador do direito estaria melhor resguardado e teria uma postura mais realista, se levar em consideração as suas concepções de racionalidade e eficiência.

A reflexão sobre a pretensão acima descrita de Posner conduziu a pesquisa deste trabalho à constatação de algumas dificuldades que o direito pensado em termos de eficiência enfrentará, tendo em vista o seu intento de ser fundamentada em uma visão mais real e pragmática do mundo. As dificuldades mais comuns percebidas pelos juristas na Análise Econômica do Direito focam-se na suposta impossibilidade de conciliação do direito - entendido como a ciência do “dever ser” - com a economia, vista sob a perspectiva da busca da eficiência. Apontam-se ainda críticas de cunho ideológico na identificação do projeto da *law and economics* com o neoliberalismo ou com o conservadorismo político.

O trabalho, no entanto, não trilhará este caminho: o da separação absoluta entre direito e economia. Os problemas encontrados neste estudo, no empreendimento de avaliar e prescrever o direito em termos de eficiência, não compartilham a premissa da autonomia absoluta do direito em face da economia. Ou seja, que o raciocínio jurídico não possa fazer uso, como em alguns casos realmente faz, da racionalidade econômica.

Por outro lado, é importante mencionar que não será tratado especificamente nesta dissertação as críticas formuladas por Ronald Dworkin em dois célebres artigos que constam em sua obra “Uma Questão de Princípio” [*A Matter of Principle*]: “É a Riqueza um Valor?”

[*Is Wealth a Value?*] e “Por que Eficiência?” [*Why efficiency?*].<sup>11</sup> No primeiro artigo, Dworkin, em essência, considera a maximização de riqueza como um meio, não constituindo essa um valor necessariamente. Em outras palavras, segundo Dworkin, ao partir da premissa errônea da eficiência, Posner erra completamente sua teoria. No artigo “Por que Eficiência?”, Dworkin responde à crítica de Guido Calabresi<sup>12</sup> ao seu estudo “É a Riqueza um Valor?”. O problema central na segunda parte desta dissertação consiste em abordar as limitações geradas pelo reducionismo provocado pela eficiência e não excluir a riqueza como sendo um dos valores existentes em uma sociedade.

A perspectiva adotada, portanto, depois de examinados na primeira parte os aspectos estruturais da Análise Econômica do Direito defendida por Richard Posner, procura responder a seguinte indagação: os fundamentos e a eficiência descritos por Posner representam o mundo em que vivemos?

Colocada de outra maneira, indaga-se em que medida a visão de Posner cumpre o que promete, ou seja, abordar o mundo e o direito de forma mais realista. Nesse particular, a pesquisa realizada indicou que a professora de filosofia e direito da Universidade de Chicago Martha Nussbaum procurou responder em parte a esta indagação. Nussbaum aponta como exemplos as descrições feitas por Posner sobre a sexualidade humana na obra *Sex and Reason*.<sup>13</sup> Nussbaum expõe que o modo como Posner percebe as relações sexuais não se assemelha ao jeito que as pessoas comuns geralmente as percebem. Há um distanciamento que acaba simplificando relações que quase sempre são mais complexas e reais.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Estados Unidos da América: Harvard, 1985.

<sup>12</sup> CALABRESI, Guido. **About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin** in Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, p. 553.

<sup>13</sup> POSNER, [...]. **Sex and Reason**. Estados Unidos da América: Harvard, 1994.

O exemplo do parágrafo acima parece revelar uma das dificuldades encontradas nos textos de Posner quando ele nega a complexidade da motivação ética do ser humano ao reduzi-lo a um maximizador de riqueza. Tratar-se-á na segunda parte do trabalho acerca desta tentativa de redução do altruísmo a uma espécie de egoísmo, em que buscamos, na verdade, benefícios psicológicos internos por nossas ações exteriorizadas como altruístas.<sup>15</sup> O critério do justo como maximização de riqueza tem a pretensão de gerar juízos avaliativos desprovidos de conteúdo moral, como por exemplo, quando constatamos que determinada alocação de recursos é ineficiente ou improdutiva. Por essa razão, Posner não negaria que a venda de órgãos e o trabalho infantil são meios eficientes de maximização de riqueza, pois a sua visão econômica desconsidera que exista esse tipo de problema.

É interessante, portanto, a expressão de Nussbaum que sintetiza sua impressão sobre o projeto da análise econômica do direito, principalmente em Posner, e que é usada como parte do título deste trabalho: “vemos diante de nós um mundo feito, não o mundo em que vivemos”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics** in University of Chicago Law Review n° 64, 1997, p. 1200.

<sup>15</sup> Idem, p. 1211. Posner busca diferenciar o seu conceito de maximização de riqueza da noção de egoísmo. O egoísmo é tratado em um sentido mais radical que nega a sociabilidade. Sobre o tema, Lawrence M. Hinman (em **Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory**, 3ª Ed., EUA: Wadsworth, 2002, *passim*) distingue três tipos de egoísmo ético: egoísmo ético pessoal - “Agirei de acordo com o meu interesse e as outras podem fazer o que bem entenderam”; egoísmo ético individualista - “Todos devem agir de acordo com o meu interesse”; e o egoísmo ético universal - “Cada indivíduo deve agir de acordo com o seu auto-interesse”. De qualquer maneira, a expressão egoísmo pressupõe de certa maneira que se leve em consideração o outro. Há, portanto, uma dimensão de sociabilidade. O tema será tratado na segunda parte deste trabalho.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. *Op. cit.*, *passim*.

### 3. Noção geral sobre a análise econômica do direito

A partir deste ponto, busca-se também, nesta introdução, destacar o que vem a ser, em linhas gerais, a tradição de pesquisa que Richard Posner está inserido: a Análise Econômica do Direito. Esse esforço justifica-se na medida em que não se pressupõe que o leitor esteja previamente em contato com as origens e postulados mais elementares dessa disciplina.

A escola chamada Análise Econômica do Direito nasceu em Chicago nos Estados Unidos da América e possui suas raízes teóricas mais próximas e reconhecidas em trabalhos de acadêmicos como Ronald Coase<sup>17</sup>, Gary Becker<sup>18</sup>, Guido Calabresi<sup>19</sup> e Richard Posner,<sup>20</sup> publicados na década de 1960 e 1970, ainda que a conexão entre os campos do direito e da economia já tenha sido objeto de estudos durante quase duzentos anos. A título exemplificativo, pode-se mencionar que filósofos como Jeremy Bentham, Adam Smith e Karl Marx, em diversos graus, debruçaram-se sobre as relações entre direito e economia.

A *law and economics* inicialmente ocupava-se apenas em estabelecer uma análise econômica do direito relacionado ao antitruste, dos contratos e do direito da empresa, mas acabou se estendendo, ao longo dos anos, para as mais diversas áreas do direito, como o direito tributário, constitucional e de família. Além do crescimento dentro do campo do direito, a disciplina evoluiu para além da esfera dos mercados, e trata hoje de assuntos como teoria política e teoria do direito, tentando redefinir o papel do direito nas sociedades.

---

<sup>17</sup> COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost** in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.

<sup>18</sup> BECKER, Gary. **Crime and law enforcement**, 1968.

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distribution and the law of torts** in *Yale Law Journal*, nº 70, 1961, 499.

<sup>20</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, 1ª ed., 1972.

A consideração acima permite afirmar que uma das características mais notáveis hoje da Análise Econômica do Direito é a sua diversidade. Nesse aspecto, em particular, o número de áreas internas ao direito em que os economistas têm estudado é bem amplo. Além disso, dentro da própria análise econômica do direito, são encontrados diversos estilos e metodologias. Em virtude dessa diversidade de abordagens, o presente trabalho abordará a perspectiva de Richard A. Posner, fundador e provavelmente o maior representante da escola.

Posner sustenta que a análise econômica do direito assume que as pessoas são racionais na busca de suas preferências.<sup>21</sup> Tal afirmativa está apoiada no postulado da teoria da escolha racional, para qual os indivíduos farão escolhas que irão maximizar suas habilidades de alcançar os seus fins. Maximizar - como mostram Robert Cooter e Thomas Ulen - significa matematicamente escolher a melhor alternativa em face das restrições existentes.<sup>22</sup> A idéia central dessa constatação pode ser traduzida no fato da Análise Econômica do Direito não fazer julgamentos sobre a racionalidade desses fins, além de não os julgar através de uma pauta de valores.<sup>23</sup> A *law and economics* não pode prescrever fins ou descartar, a princípio, quaisquer tipos de meios.

O direito, para esse tipo de análise econômica, é visto sob duas perspectivas relacionadas entre si. A primeira constitui uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico. Essa pretensão procura ser neutra em relação a valores, e seu objetivo consiste em identificar possíveis traços econômicos existentes nas relações jurídicas em geral. A segunda forma de perceber o direito busca ser prescritiva tendo em vista a identificação dos elementos econômicos encontrados nas relações jurídicas, ou seja, dado que o direito pode ser descrito através da economia, decorre disso que as leis e as decisões judiciais podem ser avaliadas

---

<sup>21</sup> POSNER, [...]. **The Economics of justice**, p. 1.

<sup>22</sup> COOTER, Robert. **Law and Economics**, p. 11.

<sup>23</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p. 7.

pelos critérios econômicos e devem produzir os resultados por estes estabelecidos. O exemplo mais significativo dessa presunção que será analisado neste trabalho é o da necessidade de o direito proporcionar a maximização de riqueza.

A vertente econômica seguida pela análise econômica do direito de Posner tem se tornado cada vez mais prescritiva ao utilizar também o conceito de bem-estar social como um substituto das noções de imparcialidade [*fairness*] ou moral ao definir qual o tipo de regras jurídicas mais adequadas. Quanto ao conceito de bem-estar social empregado por essa corrente econômica, Amartya Sen, denominado-a de *welfarismo*, expõe que se trata de uma concepção em que no cálculo ético e na avaliação das ações o aspecto mais relevante será a noção de utilidade individual (felicidade, prazeres, satisfações).<sup>24</sup>

A avaliação de Amartya Sen revela-se correta na medida em que Posner propõe que um dos objetivos centrais do direito deveria ser a maximização do bem-estar social, considerado como um agregado das preferências dos indivíduos, não importando o seu conteúdo. Uma norma jurídica maximiza o bem-estar social na medida em que valoriza o agregado das preferências individuais e, assim, o bem-estar das pessoas.

As preferências dos indivíduos não são dotadas de um conteúdo específico e o bem-estar de uma pessoa depende inteiramente da capacidade das normas jurídicas de promover a realização destas preferências individuais. Nesta perspectiva, para a análise econômica do direito, principalmente na visão de Richard Posner, uma preferência ou um fim são tão bons quanto outros quaisquer, não existindo, portanto, uma hierarquia de fins. Essa escola norte-americana pretende, com esse tipo de fundamento, ser neutra quanto a questões de valores.

Através de uma neutralidade em relação a valores obtida mediante o método econômico, o principal projeto da *law and economics*, para o direito, pode ser sintetizado como uma pretensão de se estabelecer uma teoria unificada para este. O direito é visto como instrumento que auxiliará os mercados, facilitando suas operações no sentido de produzir resultados mais eficientes nas transações.<sup>25</sup> O jurista, portanto, deve sempre se perguntar, no caso concreto, qual o resultado que o livre mercado produziria.

Salienta-se, no presente trabalho, o argumento de Posner de que resultados idênticos aos do mercado nada mais são do que a produção de eficiência. Um certo tipo de eficiência que se passa agora a analisar.

---

<sup>24</sup> SEN, Amartya. **On Ethics and Economics**, p. 40.

<sup>25</sup> POSNER, [...]. **Frontiers of Legal Theory**, p. 5.

## Parte I – Análise econômica do direito como consequencialismo

### 1. Pressupostos conceituais

Ronald Dworkin refere que o projeto de Posner pode ser interpretado, em um sentido genérico, como sendo prescritivo de um modo justo ou melhor dos juízes decidirem casos difíceis.<sup>26</sup> Parte-se, portanto, da hipótese que esse projeto deve necessariamente encontrar alguma espécie de justificativa coerente em sua obra. Assim, essa maneira de melhor decidir casos ou de prescrever condutas deverá possuir determinados pressupostos que tornarão possível a compreensão da noção de eficiência, ou maximização de riqueza como critério mais relevante para o direito.

Constata-se, inicialmente, que a relevância da eficiência para Posner reside no que este autor denomina de busca pela objetividade no direito. Assim, ao contrário de procurar no direito um raciocínio propriamente jurídico, o mérito da eficiência está na possibilidade de ela constituir uma espécie de regra de caráter ético dotada da possibilidade de ser empregada na fundamentação de obrigações de natureza jurídica.<sup>27</sup> Contudo, Posner adverte que para a sua percepção sobre a eficiência possibilitar uma maior imparcialidade, certeza e objetividade ao direito, será necessário ao jurista ir além do direito concebido meramente como disciplina autônoma, em um projeto denominado de “superação do direito”, o qual será analisado adiante neste trabalho.

---

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. ‘**Is Wealth a Value?**’, in DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Estados Unidos da América: Harvard University, 1985, p. 237.

<sup>27</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**. pp.313 e 353.



A intenção do presente trabalho é argumentar que a eficiência e, conseqüentemente, a superação de um exclusivo raciocínio jurídico na construção dessa idéia é alcançada, na visão de Posner, através de três ordens de fundamentos. A saber: o primeiro traduz-se na tese da insuficiência da teoria da justiça nos termos em que foi pensada por Aristóteles e, distintamente, aquela defendida por John Rawls; o segundo estaria sedimentado em uma certa visão econômica do mundo. Em terceiro lugar, destaca-se como fundamento a alegação de Posner que a filosofia moral é incapaz de auxiliar o direito. Dito de outra maneira, o projeto de Posner procura apresentar uma metodologia que possa superar as limitações de outras formas de entender o fenômeno jurídico, principalmente aquelas que encontram seus fundamentos na filosofia moral e na política.

Veremos a seguir como cada um dos fundamentos da Análise Econômica do Direito e a eficiência estruturam-se.

### **1.1 Insuficiência de duas visões de justiça**

“Sempre quando Aristóteles, Tomás de Aquino ou Kant são novamente trazidos para lutarem em um debate moral moderno, podemos desconfiar se os verdadeiros Aristóteles, Tomás de Aquino ou Kant é que estão sendo trazidos à luta ou se esses grandes nomes são apenas os cavalos de marcha para o moralista moderno que os invocou”.

Richard A. Posner<sup>28</sup>

No que diz respeito ao primeiro fundamento do consequencialismo em Richard Posner, a insuficiência da teoria aristotélica - bem como de seus usos na doutrina jurídica atual, e das outras teorias mais recentes sobre justiça, como a de John Rawls - cabe esclarecer, inicialmente, que a noção de eficiência utilizada por Posner tem como escopo

---

<sup>28</sup> POSNER, [...]. **Problems of Jurisprudence.**

proporcionar uma maior objetividade ao direito. Algo que, segundo Posner, teorias da justiça falharam em dar ao direito.

Assim, antes de se estabelecer os elementos centrais inerentes ao que pode ser chamado de eficiência na visão de Richard Posner pretende-se demonstrar que o seu projeto está atrelado à análise e à refutação da noção de justiça em Aristóteles e, ainda que de forma bem sucinta, a de John Rawls.

### **1.1.1 A justiça corretiva de Aristóteles**

Ao examinar a justiça segundo Aristóteles, Posner trabalha primeiramente com a idéia de justiça corretiva. Cabe destacar que, segundo Aristóteles, a justiça corretiva é "aquela que exerce uma função corretiva nas relações entre os indivíduos".<sup>29</sup> Neste tipo de justiça o juiz deve verificar que se segue "da ação cumprida por um e sofrida por outro, uma divisão desigual. O juiz tenta restabelecer a igualdade, concedendo algo à vítima (aquele que perdeu algo), e tirando alguma coisa do agressor (aquele que ganhou algo)".<sup>30</sup>

Após uma breve descrição dos conceitos fundamentais sobre essa espécie de justiça que constam da obra "Ética a Nicômaco", Posner destaca três elementos básicos dessa visão que não são fruto de divergências teóricas, mesmo tendo-se em conta a notória obscuridade do texto de Aristóteles.<sup>31</sup> Apesar de não esclarecer em que consiste a obscuridade do texto aristotélico, Posner sustenta que, em linhas gerais, a justiça corretiva para Aristóteles está

---

<sup>29</sup> ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*, V, 2, 1131a.

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, V, 4, 1132a.

<sup>31</sup> POSNER, [...]. *Problems of Jurisprudence*, p. 314.

preocupada e centrada apenas com a simples idéia de um dano a ser reparado, ou seja, uma situação de desigualdade em que deve ser restabelecida a igualdade. Em outras palavras, é uma teoria entrelaçada ao conceito que melhor pode ser expresso utilizando-se a própria palavra grega: *pleonexia*, ou querer para si mais do que lhe é devido.<sup>32</sup>

Na teoria aristotélica da justiça corretiva, assim, há simplesmente um dever de reparar [*rectify*] um dano que nada mais é do que um simples dever. A conclusão de Posner sobre a assertiva acima é a de que não se pode considerá-la um instrumento para a concreção de um fim pessoal ou social como a felicidade ou a intimidação, como almejam alguns acadêmicos contemporâneos.<sup>33</sup>

O primeiro elemento da justiça corretiva aristotélica a que é dado relevo por Posner consiste no fato de estar implícito no capítulo oitavo da "Ética a Nicômaco" que apenas os atos ilícitos intencionais constituem atos injustos.<sup>34</sup> No entender de Posner, Aristóteles estabelece que o dever de correção da injustiça não é baseado apenas no dano sofrido, mas na conjunção entre dano e ato ilícito. O problema percebido por Posner está na completa ausência de uma definição do que é um ato ilícito ou injusto na obra aristotélica. Se não existe uma definição de ato ilícito em Aristóteles, Posner conclui que teríamos que simplesmente imaginar tais conceitos em razão do silêncio de Aristóteles.

Em segundo lugar, Posner sustenta que a exclusão de considerações distributivas, no sentido de que não faz diferença para Aristóteles se um homem bom causou um prejuízo a um homem mau ou vice-versa, é algo procedimental, e não ético. Seguindo essa linha de argumentação, teríamos em Aristóteles um juiz interessado apenas no aspecto incorreto do

---

<sup>32</sup> POSNER, [...]. **Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry**, p.108.

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*, p.108.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*, p.109, nota 23.

dano causado e não no caráter e nem no merecimento individual dos envolvidos. A justiça corretiva aristotélica – pondera - não levaria em consideração aspectos da conduta moral das pessoas, fator esse que não pode ser desconsiderado por um juiz ao analisar um caso concreto.

O terceiro ponto destacado por Posner relativo à justiça corretiva em Aristóteles diz respeito ao momento histórico ateniense em que sua obra sobre a justiça foi escrita. Esse tipo de consideração é importante e deve ser tomado em conta por aqueles que buscam, hoje, utilizar esses fundamentos, uma vez que Aristóteles considerou natural que as situações de correção de danos seriam questões de direito privado e não de direito público. Aceitar as teses aristotélicas sobre justiça corretiva, hoje em dia, resultaria em acatar que o Estado não poderia ter nenhum envolvimento com a correção da situação de injustiça.<sup>35</sup>

A análise dos três elementos anteriores leva Posner a concluir que a noção de justiça corretiva de Aristóteles é por demais estreita e formal. Seus elementos centrais seriam, em primeiro lugar, o fato de que as pessoas que sofreram um dano por uma conduta ilícita têm direito a acionar a máquina corretiva administrada por juízes e, por fim, a idéia de que os juízes não dão qualquer dimensão de peso ao caráter ou *status* social tanto da vítima quanto do ofensor. Na verdade, Aristóteles nada mais faz do que dizer que devem existir instituições imparciais para que os cidadãos dirijam-se para verificar se ocorreram situações de dano injustas.

Posner afirma que para entender como uma noção tão frugal e simplória de justiça pode ter sido pensada como um avanço e ser ecoada ao longo dos tempos, devemos ter em mente que a idéia de um juiz que considera não a pessoa, mas apenas a ação desta ao determinar o restabelecimento do equilíbrio em uma relação não é nada auto-evidente e acaba

por representar, na verdade, um estágio avançado de uma civilização.<sup>36</sup> O autor da escola de Chicago diz que outra maneira de pensar sobre essa constatação é apenas considerar a justiça corretiva aristotélica como um avanço em relação ao conceito de justiça como vingança.

Outro problema constatado por Posner na justiça corretiva aristotélica está no fato que ela perigosamente beira à tautologia ao afirmar que danos causados por ações ilícitas devem ser reparados.<sup>37</sup> Neste sentido, afirma que o filósofo de Estagira não percebeu que a definição de um dano deve ser dada *a priori* ao dever de justiça corretiva. Assim, Posner conclui que para Aristóteles a conduta danosa parece ser aquela que a sociedade quer prevenir porque esta conduta causa danos não justificados. Essa impressão estaria justificada no fato de Aristóteles empregar a palavra grega *adikos* que significa, ao mesmo tempo, incorreto no sentido moral e legal e de não fazer uma distinção entre esses dois sentidos.

Posner critica também autores contemporâneos como Ernest Weinrib e Jules Coleman. Esses intentam desenvolver, no âmbito da responsabilidade civil, uma perspectiva independente da análise econômica, fundada, especificamente no caso de Weinrib, na combinação da idéia de justiça corretiva aristotélica com a ética kantiana para formar uma base ética completa para a responsabilidade civil.<sup>38</sup> Posner diz que acrescentar Kant para superar o problema aristotélico da imputação da responsabilidade civil é equivocado, em razão do alto grau de abstração da ética kantiana, o que a torna incapaz de ser utilizada para conceber doutrinas jurídicas. Um exemplo dessa falha, apresentado por Posner, está no momento em que Weinrib invoca Kant para evitar uma perspectiva subjetiva da negligência, ou seja, a que uma falta de um dever de cuidado emana de um sujeito específico, que pode possuir uma capacidade de evitar acidentes abaixo da média.

---

<sup>35</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p.315.

<sup>36</sup> Idem, *ibidem*, p. 316.

<sup>37</sup> Idem, *ibidem*, p. 322.

Nessa ótica, para Weinrib, a ética kantiana impediria que a imputação residisse unicamente na subjetividade do causador do dano, evitando a violação de um dos imperativos categóricos de Kant de não permitir que uma pessoa use a outra como um meio, mas como um fim. Até porque a própria noção do que vem a ser um direito implica que este é algo que uma pessoa tem em virtude desta ser um fim em si mesma.<sup>39</sup> O problema desta solução, expõe Posner, é que a palavra subjetividade é empregada de maneira equivocada, porquanto o direito a utiliza para denotar um padrão que varia de acordo com as capacidades de cada parte em uma relação jurídica e não para indicar uma tentativa de uma pessoa em subjugar a outra a sua vontade. Weinrib, portanto, desconsidera que uma pessoa negligente em seu dever de cuidado simplesmente não pode agir de outra maneira tendo em vista suas limitações e não porque deseja instrumentalizar o outro.<sup>40</sup>

Sobre o tema da justiça corretiva aristotélica, Posner conclui que ela é carente em detalhes teóricos, o que a faz perder força se comparada às possibilidades de análise que a eficiência proporciona. Em uma analogia com um automóvel, a justiça corretiva pode até estar sentada no banco do motorista, mas será a visão econômica defendida por ele que dirá ao motorista quando acelerar, pisar no freio, dobrar ou parar o carro.<sup>41</sup>

Na realidade, Posner esquece que Aristóteles diferencia aquele que praticou o ato injusto intencionalmente daquele que o praticou sem intenção.<sup>42</sup> Da mesma forma, Posner parece fazer uma leitura excessivamente moderna e descontextualizada da justiça aristotélica, pois, sem dúvida, é anacrônica a idéia consideramos, nos moldes atuais, que existia ou

---

<sup>38</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 328.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*, p. 329.

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>41</sup> POSNER, [...]. **Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry**, p.109.

<sup>42</sup> ARISTÓTELES. **Nicomachean Ethics**, 1035a 16-19.

devesse ter existido uma responsabilidade civil do Estado em Atenas. A noção de Estado soberano moderno não pode ser adotada para tratar da Atenas na época de Aristóteles.

Em todo o caso, o principal objetivo desta parte foi demonstrar que Posner entende como insuficiente uma das principais teorizações acerca da justiça corretiva quando comparada à eficiência. A seguir, tratar-se-á da análise, de acordo com os argumentos de Posner, dos problemas encontrados na justiça distributiva de Aristóteles e de John Rawls.

### **1.1.2 A justiça distributiva de Aristóteles e de John Rawls**

Relativamente à discussão sobre a justiça distributiva na visão de Aristóteles, Posner não dedica a mesma atenção e esforço como aquele conferido à justiça corretiva. Explica-se a razão dessa falta de interesse com as palavras do próprio autor: “Se a perspectiva de Aristóteles sobre a justiça corretiva foi por nós considerada limitada, a sua idéia de justiça distributiva é mais limitada ainda”.<sup>43</sup> A noção aristotélica de justiça distributiva encontra-se no livro 5, capítulo 3, da *Ética a Nicômaco* e lá pode-se encontrar a explicação que esse tipo de justiça deve ser guiado pelo princípio do mérito relativo aos potenciais destinatários. O Estado, assim, deve orientar-se na distribuição de honras e dinheiro de acordo com o padrão de mérito, o qual, por sua vez, depende dos valores da sociedade.<sup>44</sup>

Aristóteles, argumenta Posner, é tributário de uma sociedade aristocrática, e portanto nesta sociedade em particular o critério de distribuição justo será conforme a virtude e a

---

<sup>43</sup> POSNER, Richard. A. *The Problems of Jurisprudence*, p. 335.

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*.

excelência. Deflui, assim, que o cidadão mais virtuoso e excelente terá direito a uma porção proporcionalmente maior das honras e do dinheiro do que um cidadão menos virtuoso.<sup>45</sup>

Posner rechaça essa visão de justiça distributiva lembrando que Aristóteles não concebeu o Estado como o proprietário inicial dos bens da sociedade nem como distribuidor desses bens entre os cidadãos. Aristóteles estaria concebendo a justiça distributiva na esfera privada, nas relações entre pessoas livres para poderem acumular a quantidade de riqueza que pudessem através do comércio, heranças, talentos pessoais, ou qualquer outra coisa.<sup>46</sup> Em outras palavras, o seu princípio de justiça distributiva não foi pensado para operar com toda a riqueza de uma sociedade. O que deve ser considerado é que Aristóteles já possuía uma estrutura social que deve ser considerada como prévia e necessária para a aplicação da sua concepção de justiça distributiva. Mais importante ainda, no argumento de Posner, é destacar que os autores clássicos, entre eles Aristóteles, não possuem as respostas ou o método para responder as questões morais contemporâneas.<sup>47</sup> Em consequência, interpretações da justiça distributiva de Aristóteles como detentora da capacidade de ser aplicada ao mundo atual incorrem no mesmo erro, aponta Posner, das teorias modernas da justiça que buscam apoio em Kant, como a de John Rawls, pois buscam partir de princípios para a distribuição, ao contrário de perceber uma maior complexidade no mundo real, limitadora da aplicação de um princípio-mestre para todas as situações.

Nesse aspecto, Rawls<sup>48</sup> imagina um contexto social extremamente simplificado que iria funcionar como ponto inicial ou, em sua própria terminologia, posição original. Com a utilização deste contexto desconectado da história, Rawls, assim como Robert Nozick<sup>49</sup> e

---

<sup>45</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>46</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 335.

<sup>47</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, p. 49.

<sup>48</sup> Ver RAWLS, John. **A Theory of Justice**. EUA: Harvard University, 1971.

<sup>49</sup> Ver Nozick, Robert. **Anarchy, State and Utopia**.



Bruce Ackerman<sup>50</sup>, pretende começar do nada para aplicar o seu princípio fundamental de justiça distributiva.<sup>51</sup> Esse tipo de empreendimento, segundo Posner, é, sem dúvida, perigoso, pois “as pessoas que tentam construir sistemas sociais amplos do nada muitas vezes encontram-se aprisionadas pelas implicações lógicas, porém malucas, dos seus sistemas”.<sup>52</sup> Um exemplo do argumento de Posner estaria na aceitação na posição original de uma pessoa sem capacidade de cooperação econômica, pois como ninguém sabe se terá capacidades produtivas, as escolhas nessa posição refletirão o medo de não ser um indivíduo economicamente produtivo.<sup>53</sup> O erro está na abordagem utilizada por autores como Rawls fora de contexto e desvinculada da história.<sup>54</sup>

Posner sintetiza que Rawls não apresenta um argumento, mas uma forma de vida e, pior ainda, uma forma de vida que podemos não querer compartilhar.<sup>55</sup> A síntese é ilustrada por Posner da seguinte maneira:

O homem na posição original de Rawls é uma criatura notavelmente melancólica: sem vontade de entrar em uma situação que prometa sucesso porque também promete o fracasso, sem vontade de arriscar ganhar porque ele sente-se fadado à perda, pronto para o pior porque ele não pode imaginar o melhor, contente com a segurança e com o conhecimento que ele não estará em situação pior que qualquer outra pessoa porque ele não ousa arriscar a liberdade e a possibilidade que ele possa estar em uma situação melhor.<sup>56</sup>

O autor questiona uma das premissas da Teoria da Justiça de Rawls que considera a pessoa racional como um ser único, dotado de preferências consistentes durante toda a sua vida adulta.<sup>57</sup> Na verdade, Posner propõe não ser plausível que muitas pessoas vivam suas

---

<sup>50</sup> Ver Ackerman, Bruce. **Social Justice in the Liberal State**, 1980.

<sup>51</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 340.

<sup>52</sup> Idem, *ibidem*, p. 339.

<sup>53</sup> POSNER, Richard. A. **The Economics of Justice**, p. 100.

<sup>54</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 340. Posner explica que o mesmo ocorrerá na dificuldade de Bruce Ackerman em entender a humanidade de uma criança portadora de deficiência mental.

<sup>55</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, 1998, p. 1673.

<sup>56</sup> BARBER, Benjamin R. **Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls**, in DANIELS, Norman. Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice, EUA: Stanford University, 1989, pp. 292-299 *apud* POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. 1999, p. 51.

<sup>57</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, p. 53.

vidas dessa forma. Nesse aspecto, a falha central da Teoria da Justiça de Rawls está em deixar de reconhecer que não pode ser considerada irracional uma pessoa ter vários 'eus' [*selves*] em seqüência “(jovem, meia-idade, velho, saudável, doente e assim por diante) dotado de preferências inconsistentes — o eu-jovem, por exemplo, recusando economizar dinheiro ou negligenciando sua saúde em detrimento do seu futuro 'eu velho' — ou sobre desempenhar vários papéis ao mesmo tempo (mãe, investidora de um banco, hipocondríaca, adúltera), que não são bem integrados, pelo menos no sentido da palavra 'integração' que os moralistas acadêmicos preferem”.<sup>58</sup>

Além dos problemas na racionalidade na Teoria da Justiça de Rawls, Posner postula que no âmbito jurídico os juízes precisam argumentar e, para tanto, não começam do nada, como no aparato conceitual daquele filósofo. Ademais, as implicações lógicas de teorias da justiça como a de Aristóteles e de John Rawls devem fazer repensar todos aqueles que pretendem que juízes devam conduzir-se pela filosofia moral ou política. Se existe um mecanismo para se ponderar e escolher entre teorias filosóficas morais, este não é possuído por juízes.<sup>59</sup> Essa constatação de Posner nos leva ao próximo item de fundamentos da sua visão para o direito.

---

<sup>58</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, p. 53.

<sup>59</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 340.

## 1.2 A incapacidade da filosofia moral de auxiliar o Direito

“A coisa mais importante para se entender sobre os filósofos morais modernos, sendo eles interessados na verdade ou no poder de persuasão dos seus argumentos, é que eles são profissionais e não visionários, profetas, santos, rebeldes ou até mesmo inconformados. Os seus valores morais são aqueles do seu meio (do seu “grupo de referência,” os sociólogos diriam), o dos professores das áreas humanas”.

Richard A. Posner<sup>60</sup>

A análise de Posner dos problemas das duas teorias da justiça examinadas no item anterior conduz a outro ponto essencial à concepção de eficiência e formador do campo da Análise Econômica do Direito: a crítica ao que o autor denomina como filosofia moral ou moralismo acadêmico. As tentativas de fundamentação do que vem a ser a justiça e como esta se relaciona com o direito são produto, em grande parte, da filosofia moral. A idéia deste item foca-se em esclarecer por que Posner entende que essas tentativas tendem ao fracasso. A fim de ilustrar melhor a amplitude da crítica realizada por Posner, cabe esclarecer que ele tem em mente, ao falar da perspectiva criticada, a filosofia moral desenvolvida por teorias como, por exemplo, “a teoria constitucional de Bruce Ackerman, Akhil Amar, Walter Berns, Ronald Dworkin, John Finnis, Robert George, Andrew Koppelman e David Richards, entre outros, ocupando todos os pontos do compasso ideológico, bem como a teorização não-constitucional de Jules Coleman, Joel Feinberg, George Fletcher, Charles Fried, Leo Katz, Gregory Keating, Margaret Jane Radin e Ernest Weinrib, e, ainda, outros muito de diversas opiniões políticas”.<sup>61</sup> Além desses nomes, Posner inclui também: Elizabeth Anderson, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Martha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, Thomas

---

<sup>60</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory.**

Scanlon, Roger Scruton, and Judith Jarvis Thomson.<sup>62</sup> Pode-se esclarecer esta idéia de Posner afirmando que o seu intuito não é combater a moral em si, mas precisamente o que ele vem a conceituar como "filosofia moral."<sup>63</sup>

Posner sustenta que o problema está centrado nos acadêmicos que teorizam sobre a moral. Nesse aspecto, ele explica que não é o seu objetivo atacar o discurso moralista. O exemplo dado para iluminar o seu ponto de vista é o de Jesus Cristo do Evangelho. Posner expõe Jesus como um moralista, mas não produz argumentos como fizeram Platão ou Tomás de Aquino.<sup>64</sup> O que Posner lamenta no moralista acadêmico é a sua ambição em mudar as crenças dos indivíduos com o intuito último de alterar os seus comportamentos, ou seja, se alguém é persuadido a fazer alguma coisa em razão de ser a coisa moral a fazer, esse reconhecimento é que fornece o motivo para a ação.<sup>65</sup> Essa ambição não encontra fundamento na realidade, pois, segundo Posner, a alteração de uma crença moral não se traduz em uma mudança de comportamento, exemplificando que uma pessoa pode muito bem afirmar saber que deve e é certo doar um rim ao seu irmão, mas não o fazer.<sup>66</sup>

Convém, aqui, esclarecer o que Posner entende por moral. Consiste esta em uma série de deveres para com os outros seres humanos, animais e Deus. Esses deveres são uma espécie de freios às nossas reações meramente auto-interessadas, emocionais ou sentimentais. A moral diz respeito ao que devemos e não ao que nos é devido, mesmo que possa nos conferir uma sensação de posse de direitos, quando os outros são obrigados a nos ajudar a obter coisas que são unicamente de nosso próprio interesse. De qualquer forma, mesmo

---

<sup>61</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, 1998, p. 1673. A primeira versão deste livro foi publicada como um artigo na Harvard Law Review e em 1999 foi revisado, ampliado e publicado pela Harvard University Press.

<sup>62</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, 1999, p. 5.

<sup>63</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory** in Harvard Law Review, Vol 111, 1998, p. 1639.

<sup>64</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, 1999, p. 15.

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*, pp. 38-39.

ponderando os freios que a moralidade pode nos impor, isso não implica que ela seja uma forma de razão, pois nem tudo que limita ou motiva nossas ações é fruto de argumentos morais.<sup>67</sup>

A moral, no sentido atribuído por Posner, é sempre um fenômeno local e não universal, pois os deveres para com os outros variam entre as diferentes sociedades. Posner alerta que tautologias morais rudimentares como “não matar”, “não mentir”, “não subornar”, “não aceitar suborno”, podem ser consideradas leis morais universais, mas pecam por serem demasiadamente abstratas, porquanto o que conta (no matar, mentir e subornar) difere muito de sociedade para sociedade, não podendo, assim, funcionarem como critérios objetivos. Aquilo que realmente é universal para Posner são o que ele denomina de sentimentos morais. Isso incluirá, na percepção de Posner, sentimentos de culpa, indignação e repulsa.

As filosofias morais existentes não são criadas pelo moralismo acadêmico, mas apenas adotadas por este. Elas são divididas, por Posner, em seis grupos distintos<sup>68</sup>, a saber: 1) relativismo moral (o critério de validade para uma proposição moral é dado pela cultura da qual a proposição foi emanada e não por uma fonte universal de valores morais); 2) pluralismo moral (os valores morais são incomensuráveis, portanto não podem ser ponderados uns com os outros); 3) subjetivismo moral (as proposições morais são puramente subjetivas, sendo a moral, assim, relativa apenas às crenças de cada indivíduo. Um ato será imoral apenas quando o indivíduo praticar um ato contrário à moral que adotou para si.); 4) ceticismo moral<sup>69</sup> (a verdade moral não pode ser conhecida, ou seja, há uma impossibilidade de se fazer

---

<sup>66</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, 1999, p. 39.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*, p. 4.

<sup>68</sup> Nesse sentido Posner parece falar para leitores da área, pois não atribui a cada acadêmico citado uma área distinta, com exceção de alguns nomes como Ronald Dworkin.

<sup>69</sup> Posner considera-se mais próximo desta categoria, por sustentar que não existem repostas convincentes para questões morais em debate, ao menos que sejam reduzidas a questões de fato. (**Ver The Problematics of Moral and Legal Theory**. p. 10, 1999)

juízos objetivos sobre proposições morais); 5) não-cognitivismo (as proposições morais nada mais expressam do que uma emoção do indivíduo, desprovida de conteúdo cognitivo); e 6) particularismo moral (há duas posições: não existem princípios morais universais, apenas intuições morais particulares, ou existem verdades morais universais, mas devem ser aplicadas aos casos particulares com maior cuidado, tendo em vista o contexto social). Há menções, também - mas sem o mesmo destaque conferido aos outros tipos de filosofia moral - ao que Posner denomina de realismo moral, resumido na idéia que as respostas para indagações de cunho moral não podem ser reduzidas a qualquer outra coisa.<sup>70</sup>

Posner sintetiza a sua posição dizendo-se partidário de uma versão do relativismo moral, ao mesmo tempo que rejeita um particularismo moral ambicioso, aceita a capacidade descritiva apurada do pluralismo moral e aceita versões menos radicais do subjetivismo moral, do ceticismo moral e do não-cognitivismo.<sup>71</sup> Nas palavras de Posner a sua visão "é oposta ao realismo moral metafísico e das 'respostas corretas' e também à teoria do direito natural", não importando qual versão desta última.<sup>72</sup>

O resultado dessa diversidade teórica sobre a moral resulta em uma completa ausência de um método racional para resolver dilemas morais. Posner menciona, como exemplo, o aborto. Essa conclusão de Posner é sustentada por uma referência ao livro "Depois da Virtude", do filósofo Alasdair MacIntyre.<sup>73</sup> A tese central de MacIntyre na referida obra consiste em apontar que na modernidade os debates morais tornaram-se incomensuráveis, na medida em que não se pode apelar a uma moral que sirva como critério padrão. Essa situação faz MacIntyre identificar uma crise moral. Como essa constatação afeta, então, o direito?

---

<sup>70</sup> Ver, como representante desta visão, NAGEL, Thomas. **The Last Word**, 1997, pp. 101-126.

<sup>71</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 12.

<sup>72</sup> Idem, *ibidem*, p. 12.

### 1.2.1 Os limites das teorias morais e os seus reflexos no Direito

No item acima foram destacados tanto o problema a respeito da moral, incluindo-se a sua diversidade, e os seus responsáveis. Esta atitude problemática, Posner argumenta, torna impossível que a filosofia moral possa intentar fornecer qualquer auxílio para o direito, tendo em vista a incapacidade daquela em resolver os casos específicos que este apresenta.<sup>74</sup> A teoria moral revela-se um metadiscurso que se isenta de responder a pergunta “como devemos viver?”, mas tenta apenas responder se esse tipo de pergunta possui uma resposta e de como estas irão diferir de respostas ditas científicas. No entender de Posner, teorias morais, nesse aspecto, não fornecem bases sólidas para julgamentos morais e jurídicos.<sup>75</sup> A falta de fundamentos objetivos da filosofia moral a coloca em uma situação que a deixa desprovida de qualquer tipo de pretensão de ter a chave para a solução de problemas jurídicos, na medida em que apenas irá refletir os problemas do debate moral no conflito juridicizado.<sup>76</sup>

A idéia de o direito ser subserviente a um moralismo assusta Posner no sentido de uma inevitável condução à uniformidade, pois o moralista acadêmico acredita implicitamente que é detentor da forma correta de abordar os problemas e, por isso, todos devem segui-lo. Isso pode ser atribuído ao fato de o moralista acadêmico imaginar que domina filosoficamente conceitos como “justiça”, sendo capaz, assim, de criar argumentos passíveis de alterar o comportamento das pessoas. Nesse sentido, as visões do moralista acadêmico sobre pena de morte, aborto, pornografia, paz e guerra devem ser compartilhadas por todos; o que dá margem à hesitação é fato da sociedade ser muito mais complexa do que supõe o moralista. Essa condição encontra-se estampada na necessidade de inúmeros papéis a serem

---

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, p. 351.

<sup>74</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 348.

<sup>75</sup> Idem, *ibidem*, p. 3.

<sup>76</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 348.

desempenhados pelos indivíduos, tornando a perspectiva de uma moralidade uniforme algo indesejável.<sup>77</sup>

A harmonia intelectual pretendida pela uniformidade do moralismo imagina que não existe um problema moral incapaz de ser resolvido pela razão moral. Contra essa pretensão, Posner afirma que sua idéia de direito é superior, porque ela adapta-se aos inúmeros elementos não-sanáveis dos conflitos morais da sociedade moderna, sem fazer com que todos tenham necessariamente que pensar de maneira idêntica, evitando-se, assim, a existência de uma sociedade composta apenas por pessoas ingênuas e tediosas, que careceria, principalmente, de inovações.<sup>78</sup>

Outra perplexidade apontada por Posner é a tese da não-existência de uma separação entre direito e moral, nos termos em que é defendida principalmente por Ronald Dworkin. Nesse aspecto, deve ser considerado que a circunstância de o direito fazer uso da terminologia moral, em razão de suas origens eclesiásticas, ao empregar palavras como "equidade", "injusto" e "inescrupuloso", levaram Dworkin a erroneamente considerar que o fenômeno jurídico estaria permeado pela moral.

Posner lembra a advertência do juiz da suprema corte americana Oliver Holmes sobre o risco de levar o vocabulário moral do direito demasiadamente a sério, e, com essa atitude, entender o direito de forma equivocada. Nesse sentido Posner sustenta que grande parte da educação jurídica consiste em ensinar os estudantes a contornar esse tipo de equívoco. O essencial seria entender que o direito emprega termos morais em parte por causa de suas origens, mas também em parte para causar uma impressão e para ser compreendido por seus destinatários. Posner, no entanto, concede que existe uma “considerável sobreposição

---

<sup>77</sup> Idem, *ibidem*, p. 67.



entre a moral e o direito”<sup>78</sup>; porém, essa é demasiadamente limitada de maneira a permitir que o moralista acadêmico possa alinhá-los.<sup>79</sup> Para demonstrar a limitação do argumento que a sobreposição da moral e o direito implica em um alinhamento entre ambos, veja-se a discussão sobre o fato da constituição americana ter sido redigida sob o espírito filosófico do iluminismo, denotando, portanto, a intenção de os pais fundadores [*founding fathers*] de que os juízes guiassem suas decisões de acordo com as concepções vigentes de certa teoria moral. Posner explica que o exemplo torna explícito o erro de se buscar ir além das limitações inerentes à moral ao querer alinhá-la com o direito. Em que pese o fato de noções iluministas de liberdade, tolerância religiosa e igualdade política terem influenciado os constituintes, o moralista acadêmico dá um salto lógico considerável ao postular que estes estavam fazendo filosofia ou tentando estabelecer os juízes como reis filósofos.<sup>80</sup> O referido autor entende que podemos pensar sobre questões como liberdade, tolerância religiosa, divisão de poderes, limitação dos poderes etc., sem fazer necessariamente uso de um pensamento filosófico, pois há diversas molduras em que se pode pensar tais questões, como a religiosa e a política, por exemplo.

Mesmo que um juiz venha a decidir uma questão fundamentada em princípios morais, tal empreendimento é distinto da idéia de tomar partido em uma determinada questão utilizando argumentos fundados em uma teoria moral normativa. Por exemplo, um estupro é considerado moralmente errado, mas Posner sustenta que não é por essa razão que o advogado, ao redigir o recurso contra a decisão condenatória, irá valer-se de uma teoria moral.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Idem, *ibidem*, p.68.

<sup>79</sup> POSNER, Richard. A. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, p. 110.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*, p. 111.

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*, p. 115.

Para ilustrar de maneira mais concreta como Posner visualiza o problema da filosofia moral para o direito, no próximo item será analisado o fenômeno jurídico que ele denomina “neotradicionalismo”.

### **1.2.2 Um exemplo específico: o uso de um certo sentido de razão prática no Direito**

A razão prática, para Posner, nada mais é do que estabelecer um objetivo qualquer e, após, escolher os melhores meios necessários para a consecução deste fim.<sup>82</sup> Trata-se do conceito de racionalidade do autor já analisado neste estudo e colocado junto com o vocábulo "prática". Na sua aplicação ao direito, a razão prática, para essa acepção, seria um instrumento de progresso apenas se aquele fosse comprometido com os resultados práticos de uma racionalidade de meios e fins. Posner, contudo, lamenta que o direito não esteja pronto para se comprometer com resultados práticos concretos. A razão desta afirmação de Posner justifica-se por este entender que os avanços jurídicos são defendidos através da utilização e referência a objetivos intangíveis "como a promoção da dignidade humana, a salvaguarda da justiça e da imparcialidade".<sup>83</sup>

Um dos motivos deste problema encontra-se no uso, por uma parcela de teóricos do direito, da razão prática em um outro sentido, oposto ao examinado no parágrafo anterior. Posner dá o título de neotradicionalistas a esses teóricos.<sup>84</sup> Um dos argumentos centrais de um partidário do neotradicionalismo consiste na insistência de que o direito contém em si todos os recursos para a correta solução dos conflitos jurídicos.<sup>85</sup> A inclusão desse movimento como

---

<sup>82</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 71.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*, p. 423.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, p. 424.

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*.

exemplo justifica-se, conforme Posner, porque emprega a filosofia moral na resolução dos problemas jurídicos.

Para se perceber com maior clareza como ocorre o uso da razão prática no sentido do neotradicionalismo, é importante dar relevo à análise feita por Posner daquilo que considera serem as principais facetas deste movimento.

O direito na compreensão do neotradicionalista é um certo tipo de arte. Posner expõe que é uma arte que pode ser praticada apenas pelo artista, a pessoa treinada e com experiência no direito. O jurista encontra no direito um conjunto de procedimentos, métodos e intuições antigos e duráveis, e assemelha-se, ao atuar no direito, mais a um ajudante de limpeza social do que a um arquiteto social em sua função.<sup>86</sup>

Dado que o direito é uma arte, a possibilidade de que este seja uma ciência é algo totalmente descartado pelo neotradicionalista. Isto significa, portanto, que o direito é um caminho médio entre os dois extremos da visão jurídica científica norte-americana: a escola de Estudos Críticos do Direito [*Critical Legal Studies*] e Análise Econômica do Direito [*Law and Economics*]. O apelo dessa posição, no entender de Posner, é significativo, na medida em que confere ao jurista uma oportunidade de rejeitar as opiniões de direita ou de esquerda, adotando uma segura posição de centro.<sup>87</sup>

Outra faceta da posição neotradicionalista é a visão de como o direito deve ser interpretado. Em essência, quando o direito revestir-se de caráter indeterminado, a melhor interpretação será aquela determinada pela visão compartilhada de uma comunidade composta

---

<sup>86</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 434.

<sup>87</sup> Idem, *ibidem*, p. 435.

dos membros do *staff* jurídico e não pelo uso de qualquer outro critério, principalmente científico.<sup>88</sup>

Na verdade, Posner considera a própria idéia de razão prática como uma outra faceta e, em seu sentido neotradicionalista, ela irá enfatizar, entre outras coisas, a deliberação como elemento central do direito, mas é um determinado tipo de deliberação que requer do sujeito um caráter e intelectos específicos. Outros elementos relevantes a serem incorporados na justificação da razão prática são: a noção de prudência aristotélica e o papel da tradição como medida corretiva da razão especulativa. Por sua vez, a tradição é constituída por valores, métodos e vocabulário tradicionais do raciocínio jurídico e de uma suspeita a uma abordagem sistemática do direito.<sup>89</sup> Em síntese, ela é uma forma de aristotelismo ortodoxo.

O que resulta essa visão do direito? E por que ela é equivocada? Posner realiza uma verdadeira incursão no mundo psicológico e postula que o neotradicionalismo é fruto de um conjunto de atitudes, a saber: uma nostalgia por um tempo em que o direito era apenas o direito e não era infectado por novas idéias; um amor pela estabilidade; uma repulsa por abstrações, uma hostilidade dirigida contra a ciência e tudo que pode ser considerado conhecimento sistematizado; um medo de perder o monopólio de campo de saber para integrantes de outras áreas; em suma, consiste em uma aversão contra tudo que é moderno.<sup>90</sup>

Aprofundando o exame dessa espécie de razão prática, Posner identifica e descreve uma vertente do neotradicionalismo que denomina de prudencialismo. Este se caracteriza por uma ênfase na falibilidade humana, clama a humildade, aconselha uma adesão a costumes antiquíssimos, objeta o rompimento com o passado, aponta a limitação do intelecto como

---

<sup>88</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 436.

<sup>89</sup> Idem, *ibidem*, p. 436.

<sup>90</sup> Idem, *ibidem*, p. 437.

instrumento de mudança social e alça a prudência como princípio central da política e dos juízos jurídicos.<sup>91</sup> Essas atitudes são tipicamente defendidas por conservadores na área social, bem como por partidários do ativismo judicial e não por economistas libertários. É uma atitude conservadora no sentido de resistência a mudanças.<sup>92</sup> Dito de outra maneira, "o prudencialismo é a repetição de um teclar sempre em uma mesma nota de cautela (...) e um tom com apenas uma nota soa logo entendiante".<sup>93</sup>

Posner lembra que David Hume já havia identificado esse tipo de atitude:

Os acadêmicos falam sempre sobre dúvida e suspensão do juízo, do perigo das determinações apressadas, de se confinar as indagações sobre o entendimento a limites estreitos e de renunciar todas as especulações que não residem dentro dos limites da vida comum e da prática.<sup>94</sup>

O problema do prudencialismo é que ele consiste muito mais em um estado de espírito do que um verdadeiro método de análise, ou seja, o estado de espírito correto e definitivo de lidar com o direito.<sup>95</sup> O jurista prudente, ao observar que uma determinada espécie de problemas demanda uma maior dificuldade em sua resolução, em nada auxilia a decisão do caso. Posner identifica uma ironia em pregar a prudência ou cautela como instrumento de solução de casos, pois esperar e não fazer nada nem sempre é a melhor coisa a ser feita.<sup>96</sup>

Ao continuar a sua crítica a esse tipo de utilização da razão prática no Direito, Posner argüi que a característica da finitude do intelecto humano na razão prática, considerada em um sistema como o Poder Judiciário, pode soar falsamente plausível. Isso porque os métodos de

---

<sup>91</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 443.

<sup>92</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>93</sup> Idem, *ibidem*, p. 446.

<sup>94</sup> HUME, David. **An Enquiry Concerning Human Understanding**, 3ª ed., Nidditch, Capítulo 5º, Parágrafo 34, 1975. *Apud* POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 443.

<sup>95</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 443.

<sup>96</sup> Idem, *ibidem*, p. 444.

seleção dos juízes são limitados, o ensino jurídico em geral é precário e também pelas próprias pessoas que atuam com o Direito. Esta situação conduz a um juiz sem as aptidões necessárias à implementação de mudanças sociais. A outra ironia apontada por Posner está em que, se o prudencialismo for coerente, esses julgadores terão que se guiar por precedentes provenientes de juízes do passado, os quais viviam sob condições sociais que não mais existem.<sup>97</sup>

A razão prática prudencialista parece invocar também uma espécie de juiz aristotélico para decidir os conflitos. Este juiz seria dotado principalmente de imaginação e uma de uma percepção da realidade da maneira como ela se apresenta. Nesse sentido, Posner expõe que há uma busca, na constituição de tal julgador, por traços de personalidade encontrados em um aristocrata aristotélico, constatação que seria suficiente para deixar caracterizada a matiz autoritária do neotradicionalismo.<sup>98</sup> A discordância de Posner quanto ao juiz aristotélico é fundamentada na idéia de que o judiciário moderno deve ser permeado pela diversidade de pessoas e opiniões e não pela homogeneidade proposta pelos que pretendem que o juiz seja um prudente no sentido aristotélico do termo.

A objeção acima é seguida por outra que Posner parece considerar mais inquietante: como podemos reconhecer o juiz aristotélico? Posner indaga se seria pelo tom de voz, pela postura ou por algum tipo de crachá que ele carregaria em seu peito. Na verdade, a dificuldade no reconhecimento deste juiz reside no fato do conhecimento tácito ser impossível de ser articulado. O problema apontado por Posner é que não poderíamos detectar previamente quem é, ou será, um juiz aristotélico e, mesmo que ele já seja um juiz em exercício, não temos como determinar com certeza a sua condição, pois não podemos nos limitar apenas a uma análise de suas decisões para o identificar como aristotélico.

---

<sup>97</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 445.

<sup>98</sup> Idem, *ibidem*, p. 448.

A razão prática aplicada ao direito pode ser considerada potencialmente como uma espécie de “fé complacente”, pois ignora que esta tende ao erro. É importante lembrar, argumenta Posner, que conceitos como “intuição”, “senso comum”, entre outros usados pelos entusiastas da razão prática constituíram fundamentos de inúmeras falácias, persistentes ao longo de séculos, tais como a teoria geocêntrica do universo e a teoria aristotélica sobre o movimento dos corpos. Em um exemplo mais simples, Posner recorda que essa perspectiva serviu de fundamento à crença em bruxarias e poções mágicas. Exemplos que denotam as imensas fragilidades do uso da razão prática no direito.<sup>99</sup>

Por fim, a importância de Aristóteles para o mundo moderno não pode ser encontrada em uma cópia dos traços principais do que ele argumentou ser um homem prudente. No entender de Posner, esse parece ser o principal equívoco dos que almejam aplicar a razão prática aristotélica ao direito. Não deixando de reconhecer a importância de Aristóteles ao Direito, Posner propõe que este filósofo seja visto como um valorizador do empirismo, o que permitiria a realização de uma das teses fundamentais de seu projeto: a superação do Direito.

---

<sup>99</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, p. 449.

### 1.3 Uma certa visão econômica do mundo

"Quando eu era um estudante de direito, este parecia um misto de regras, procedimentos e instituições completamente não relacionados entre si. A economia revela uma estrutura profunda do direito que é dotada de uma considerável coerência".

Richard A. Posner<sup>100</sup>

A Análise Econômica do Direito possui como um dos seus fundamentos uma certa visão econômica de mundo. Esta é estruturada em uma idéia específica de racionalidade e também em uma idéia de como a economia pode relacionar-se com o direito. Além disso, tal perspectiva pretende que o direito vigente transforme-se de modo a permitir que essa relação ocorra.

Previamente a esclarecer o que vem a ser uma visão *law and economics* do mundo, é importante deixar claro o que é economia para Richard Posner. O conceito de economia adotado por Posner baseia-se essencialmente nas teses do economista da Universidade de Chicago, que recebeu em 1992 o prêmio Nobel de Economia, Gary Becker.

Em sua visão do que vem a ser a economia, Becker sustenta que o seu conceito pode melhor ser compreendido pela sua abordagem e não por definições tradicionais tais como, por exemplo, "a ciência da alocação de recursos escassos".<sup>101</sup> Esclarecendo essa ótica, Posner ressalta que muitos dos que atuam com o direito, entre eles advogados, juízes e professores, ainda pensam que a economia é o estudo da inflação, desemprego, ciclos econômicos e outros fenômenos macroeconômicos que escapam à compreensão e às preocupações do dia-a-dia do mundo jurídico.



O domínio da economia, nos termos em que Becker o define, é muito mais amplo do que o imaginado pelos juristas. Na verdade, Posner argumenta, para fins do seu mais conhecido livro<sup>102</sup>, que a economia é a ciência da escolha racional em um mundo de escassez de recursos. Esses são escassos porque temos que ter em mente que os recursos são comparados aos desejos nutridos pelos seres humanos. O objetivo da economia, para essa perspectiva, consiste em explorar quais serão as conseqüências de se assumir que o homem é um maximizador de seus objetivos, de seus desejos e de seus fins em sua vida. Posner chama de “auto-interesse” esta assunção do homem como maximizador de seus fins e desejos particulares.

É importante destacar a advertência de Posner de que a idéia de maximização racional não pode ser confundida com um cálculo consciente, enfatizando que a economia não objetiva teorizar sobre a consciência nem sobre a mente humana. Nota-se que o comportamento humano será considerado racional na medida em que se adequar ao modelo da escolha racional, não importando o estado de consciência em que se encontra a pessoa. Da mesma forma, outra confusão a ser evitada é a de considerar maximização racional como um sinônimo de egoísmo. Nesse aspecto, não é excluído do âmbito racional que a felicidade ou infelicidade de outras pessoas possa até ser parte da satisfação de outra pessoa. Ao utilizarem a expressão “utilidade” ao invés de auto-interesse, estariam os economistas evitando que a idéia de maximização racional seja vista como uma espécie de egoísmo.

Ao procurar distinguir através da sua abordagem a economia das outras disciplinas, a análise do comportamento humano será para Becker o elemento fundamental desta

---

<sup>100</sup> POSNER, [...]. **Frontiers of Legal Theory**.

<sup>101</sup> BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**, p. 3.

<sup>102</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p 3.

distinção.<sup>103</sup> A abordagem do autor voltada para o comportamento humano conduzirá a uma noção específica do que vem a ser, afinal, a racionalidade pensada em termos econômicos.

### 1.3.1 A racionalidade econômica

“Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos obter o nosso jantar, e sim da atenção que cada qual dá ao seu próprio interesse. Apelamos não à sua humanidade mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, e sim dos seus interesses”.

Adam Smith<sup>104</sup>

#### 1.3.1.1 Introdução: o homem econômico

O conceito de homem econômico, na história da econômica, foi criado como uma espécie de modelo da ação humana que fosse capaz de padronizar o comportamento econômico para que esta ação individual pudesse ser explicada como resposta automática às mudanças ocorridas nos mercados. A possibilidade de prever e calcular como o ser humano irá se adaptar perante àquelas situações que impõem restrições de recursos foi um dos benefícios trazidos por esse modelo à economia. Eduardo G. Da Fonseca adverte que esses avanços obtidos na teoria econômica buscaram deixar de lado considerações teleológicas, morais e objetivos não-econômicos da conduta humana, resultando em uma “drástica simplificação e homogeneização da ação humana”, acarretando prejuízos para a própria análise econômica.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**, pp. 3-5.

<sup>104</sup> SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Reino Unido: Clarendon.

<sup>105</sup> Encontra-se inclusive em Eduardo Gianetti da Fonseca alguns paralelos lógicos entre os conceitos “homem econômico” e “homem-máquina”. Ver FONSECA, Eduardo Giannetti Da. **Beliefs in Action: Economic Philosophy and Social Change**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1991, pp. 48-50.

Não obstante a crítica acima, tradicionalmente, a utilização do conceito de homem econômico foi justificada como uma construção abstrata, ou seja, uma reação generalizada na inter-relação social, sem a pretensão de ser o único modelo possível da ação humana. Isso deve ser destacado para que possamos deixar clara a peculiaridade de Posner, no tocante ao modelo de comportamento do homem econômico. Ao contrário de pensar esse modelo como hipotético, Posner endossa as conclusões de Becker ao considerar que a economia e seus pressupostos podem ser aplicados a todo tipo de comportamento humano, almejando com isso construir uma “estrutura unificada para entender todo este comportamento”.<sup>106</sup>

### **1.3.1.2 A abordagem econômica**

A abordagem econômica que estamos analisando como elemento definidor do que vem ser propriamente a economia constrói um modelo explicativo do comportamento humano considerado em um contexto de preferências relativamente estáveis no tempo e de um mercado em estado de equilíbrio. Segundo Becker, em seus comportamentos, os indivíduos irão procurar maximizar o seu bem-estar na medida em que o conceberem, sejam essas pessoas, nas suas próprias palavras, “egoístas, altruístas, leais ou masoquistas”.<sup>107</sup> Tal comportamento busca olhar para frente e é consistente também no tempo, ocorrendo sempre uma tentativa de antecipar as conseqüências de suas ações. Becker esclarece que a principal e ainda imutável restrição à satisfação dos desejos dos indivíduos é o tempo. O dia tem vinte e quatro horas para todos, assim, por mais que consideremos uma pessoa extremamente rica, ela estará restrita a esse intervalo temporal como qualquer outro ser humano, o que levará Becker

---

<sup>106</sup> BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**, pp. 8 e 14.

a concluir que o tempo para o consumo dos bens não foi expandido.<sup>108</sup> Somos vistos por Becker, portanto, em um estado de insatisfação de desejos produzido pela escassez: de bens ou de tempo para os consumir.

Becker sustenta que a abordagem econômica, considerando-se seus pressupostos, como explicado anteriormente, pode ser aplicada a todo tipo de comportamento humano, buscando estabelecer uma estrutura unificada para entendê-lo em sua completude.<sup>109</sup> A importância desta conclusão de Becker reside na conseqüente ampliação do escopo de aplicabilidade da economia e de seus métodos analíticos, passando a atingir assuntos tais como, por exemplo, fertilidade, sexo, educação, política e, inclusive, o direito.

Em virtude da perspectiva acima delineada, a tese central para a visão da eficiência defendida por Posner consiste na noção de que o homem maximiza racionalmente a utilidade em todas as áreas de sua vida e não apenas no que se costumeiramente denomina como assuntos econômicos. Um exemplo do que seria usualmente chamado de matéria econômica é a compra e venda realizada em mercados.

O fato de considerarmos o comportamento humano como racional parecer não ter uma correspondência na realidade, pois dispomos de diversos exemplos individuais em sentido contrário. No entanto, Posner esclarece que essa aparente contradição é afastada no momento em que se entende qual o conceito de racionalidade empregado pela sua concepção de economia.

---

<sup>107</sup> BECKER, Gary. **The Economic Way of Looking at Life** in *Journal of Political Economy*, Vol. 101, 1993, p. 385.

<sup>108</sup> Idem, *ibidem*, p. 386.

<sup>109</sup> BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**, pp. 8 e 14.

A decorrência desta última afirmação consiste na distinção entre uma racionalidade objetiva, utilizada por sua economia, e outra subjetiva.<sup>110</sup> A racionalidade nada mais é do que uma aptidão do indivíduo em eleger os melhores meios para os fins escolhidos por ele.<sup>111</sup> A racionalidade entendida nestes termos permite que possamos inclusive considerar um sapo (ou um rato) como racionais. Isso conduz Posner a estabelecer que somos racionais na medida em que adequamos meios aos fins, levando-se em conta diferentes graus de inteligência, tendo em vista as informações que dispomos. Nessa mesma linha de raciocínio, Posner argumenta que não comete o equívoco ao desconsiderar que todos os fins nos quais podemos pensar não possuem encadeamento e coerência entre si. Se assim fosse, estaríamos condenados a ser pessoas monótonas.<sup>112</sup>

O conceito de ser humano como um maximizador racional de seu interesse implica em dizer que as pessoas respondem a determinados incentivos; ou seja, se o ambiente que a circunda for alterado de maneira a permitir que uma mudança em seu comportamento possa garantir-lhe uma maior satisfação de sua utilidade, essa pessoa alterará a sua conduta. A racionalidade econômica permite que seja construído um modelo capaz de antecipar e explicar o comportamento humano. A simplicidade desse modelo, inclusive, é defendida por Posner no sentido de que, ao se agregar a um modelo econômico de racionalidade inúmeros fatores, tornando-o mais complexo, passa-se a ter um grau de flexibilidade tão grande que impossibilita a sua comprovação ou refutação através da observação empírica.<sup>113</sup>

De qualquer forma, a economia, nos termos em que é entendida por Posner, não é reducionista, mas na verdade qualifica-se como “a ciência instrumental por excelência”.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p. 17.

<sup>111</sup> POSNER, [...]. **Frontiers of Legal Theory**, p. 252.

<sup>112</sup> POSNER, [...]. **The Problematics of Moral and Legal Theory**, p. 53.

<sup>113</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p. 17.

<sup>114</sup> POSNER, [...]. **Overcoming Law**, p. 16.

Em nossa leitura, ele sustenta ser errado atribuir a sua teoria uma tentativa de apresentar um *homo oeconomicus* ou de reduzir o comportamento humano a uma tendência de ordem biológica. Seguindo o ensinamento de Becker, Posner nos diz que a economia nos apresenta um homem pragmático que - em suas palavras - “não chora pelo leite derramado”. Trata-se de um sujeito auto-interessado que não está apenas preocupado com a conduta que se maximiza em um sentido financeiro, mas com maximização dos seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Posner tenta refutar a crítica de que emprega o conceito de homem econômico, pois o que ele faz é justamente aperfeiçoar esse modelo, chamando-o de “homem pragmático”. Este não é mais considerado apenas como abstração, como tradicionalmente era utilizado, mas passa-se a usá-lo como uma descrição realista do comportamento humano. O “homem pragmático” ou econômico constitui para Posner um retrato fiel da ação humana.

Essa espécie de racionalidade constitui apenas o primeiro passo para se entender a visão econômica de mundo defendida por Posner. Ela mostra-se relevante na medida em que possibilita, também, tornar mais inteligível a próxima parte desta perspectiva. Assim, esse pressuposto torna plausível a afirmação de Posner de que, partindo desta visão de racionalidade, os juízes devem procurar maximizar a riqueza social.<sup>115</sup> Tudo porque esta racionalidade considera que o comportamento de uma pessoa é racional somente se a sua conduta é direcionada de modo a maximizar suas satisfações:

A premissa básica da economia que guia a versão de análise econômica do direito que eu apresentarei é que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com a exceção de crianças pequenas e as pessoas profundamente retardadas) em todas as suas atividades (excepcionalmente quando estiverem sob a influência de psicose ou similarmente comprometidas pelo uso abusivo de drogas ou álcool) que envolvam escolha.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> POSNER, [...]. **The Problems of Jurisprudence**, pp. 354-60

<sup>116</sup> Idem, *ibidem*, pp. 353-54.

A idéia de um ser humano como um maximizador racional de seu interesse é um pressuposto da crítica do economista Ronald Coase aos resultados produzidos pelo direito nas transações e será analisada no item a seguir.

### 1.3.3 O “Teorema de Coase”

“Examino agora (...) “*O Problema do Custo Social*”, publicado há 30 anos. Não vou falar muito aqui sobre a sua influência no mundo jurídico, que tem sido imensa, mas vou me deter sobre a sua influência na economia, que não tem sido imensa”.

Ronald Coase<sup>117</sup>

O tipo de racionalidade econômica descrita no item anterior irá encontrar um importante aliado no chamado “Teorema de Coase”, considerado como um dos elementos fundamentais da Análise Econômica do Direito. Tanto na visão de Becker quanto na de Posner, o economista possui uma maior vantagem em lidar com outras disciplinas sociais e com seus problemas. Tal vantagem residiria essencialmente no que esses autores definem como abordagem econômica e no fato das pessoas serem tratadas como maximizadoras racionais de utilidade.<sup>118</sup>

O teorema foi elaborado pelo economista Ronald Coase e encontra-se desenvolvido em um artigo publicado no ano de 1960 no *Journal of Law & Economics* intitulado “O problema do custo social” [*The problem of social cost*]. A idéia central desta parte do trabalho é esclarecer em que consiste o Teorema de Coase, bem como destacar a razão de sua imensa influência na Análise Econômica do Direito.

---

<sup>117</sup> Conferência de obtenção do prêmio Nobel Prize disponível no sítio da Fundação Nobel na rede mundial de computadores.

<sup>118</sup> COASE, Ronald H. **Economics and Contiguous Disciplines** in *Essays on Economics and Economists*, p. 42.



O Teorema, resumidamente, sustenta que quando assumimos, em uma situação de alocação de recursos, que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero, o resultado eficiente será atingido independentemente de para quem as regras jurídicas conferirão direitos; ou seja, sob o ponto de vista estritamente da eficiência, não é relevante quem tem direitos. Assim, a influência do Teorema de Coase para a Análise Econômica do Direito defendida por Posner reside no fato da determinação de quem tem direitos dever passar, necessariamente, por uma discussão de eficiência.

No artigo mencionado, Coase inicia propondo um problema jurídico hipotético ao seu leitor: o caso de uma fábrica que emite fumaça nociva à saúde das pessoas que residem nas imediações. Logo após estabelecer o problema, indaga qual a solução mais comum encontrada pelos economistas e pelos juristas no caso concreto. Coase responde ao seu questionamento propondo que as três respostas mais prováveis são as seguintes: (1) considerar o dono da fábrica como responsável civilmente, imputando-lhe o dever de pagar uma indenização aos prejudicados; (2) estabelecer uma tributação atrelada à quantidade de gases emitidos na atmosfera pela fábrica; (3) proibir que a fábrica opere na região.

Ocorre que tais soluções tornam obscura a verdadeira escolha que deve ser realizada no problema. Quando na hipótese acima consideramos que “A” causou dano a “B”, logo, “A” deve sofrer uma restrição, não percebemos que o problema é de natureza recíproca, ou seja, “se queremos discutir o problema em termos de imputação da responsabilidade” temos que considerar que “as duas partes causam o dano”.<sup>119</sup> Nesse sentido, Coase alega que a reciprocidade justifica-se pelo fato de as duas partes envolvidas terem incorrido em alguma espécie de dano, uma vez que “A” sofreu um dano financeiro ao indenizar “B”, e este, por sua vez, ficou submetido ao dano material, que também pode ser traduzido em dano financeiro.

---

<sup>119</sup> COASE, Ronald. H. **The Problem of Social Cost**, p. 13.

Qual é, então, para Coase a pergunta que devemos fazer? A pergunta correta consiste em indagar: “No caso proposto pode ‘A’ causar dano a ‘B’, ou pode ‘B’ causar dano a ‘A’?” Outra maneira de expor o problema é considerar que devemos fazer uma escolha para solucionar o problema de modo a evitar o custo mais alto para as partes envolvidas na situação.

O problema constatado por Coase e a sua solução efetiva de acordo com seu Teorema, podem ser explicados de maneira mais clara mediante o seguinte exemplo: o caso hipotético de uma fábrica que polui um rio utilizado por várias casas como fonte de água potável. A poluição nesse exemplo, de acordo com o ponto de vista da economia, é denominada de “externalidade”, porquanto, certos efeitos de uma atividade não vão ser levados em conta no seu preço final. Esta pode ser definida como um efeito colateral pelo qual não há um pagamento pela parte afetada àquela que lhe dá causa. No exemplo, a poluição é uma “externalidade negativa”, mas nada impede que se conceba uma “externalidade positiva”. Basta imaginar um condomínio de casas em que um morador mantém um belíssimo jardim de flores. A externalidade é positiva em relação aos seus vizinhos próximos porque estes podem desfrutar também da beleza do jardim, tendo um benefício de embelezamento de sua vizinhança sem precisarem realizar um pagamento ao dono do jardim por isso.

Mais precisamente: o objetivo de Coase no artigo *The problem of social cost* consiste na crítica da teoria moderna das externalidades negativas demonstrando a insuficiência da abordagem de A. C. Pigou sobre a divergência entre produtos sociais e produtos privados.<sup>120</sup> O trabalho de Pigou chamado *Economics of Welfare*, publicado em 1932, influenciou toda

uma geração de economistas no sentido de entenderem os impostos e as regras jurídicas como a melhor maneira de promover a eficiência econômica na presença de custos indesejados.

Assim, retornando ao exemplo e tendo em vista a externalidade produzida pela fábrica, Coase propõe que indaguemos qual é a melhor forma de alocação de recursos entre esta e as residências afetadas? Previamente à resposta, Coase pede que consideremos alguns pressupostos. No exemplo devemos imaginar um mundo em que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero.

O que significa isso? Os custos de transação são todos aqueles custos gerados pela negociação entre as partes envolvidas. Incluem os custos de identificação das partes, os custos de aproximação destas, o custo do processo de negociação, o custo de implementação do acordo formulado etc. Outro pressuposto a ser levado em conta é o fato de todas as partes possuírem acesso a todas as informações e de estas serem perfeitas. Nessa ótica, as partes envolvidas têm conhecimento de todos os aspectos relevantes para se chegar a uma melhor alocação de recursos. Por fim, o terceiro pressuposto estabelece que as partes terão um comportamento racional, nos termos em que este tipo de conduta foi anteriormente analisada neste trabalho, ou seja, será um indivíduo auto-interessado em termos coletivos.

Considerando o contexto proposto, quais são as possíveis soluções para o exemplo? Coase pede para que se ponderem três soluções: (1) permitir a poluição do rio mediante o pagamento pela fábrica de uma indenização aos moradores das casas a um custo de \$100 por casa; (2) exigir a colocação de um filtro na fábrica que a impeça de poluir o rio a um custo de \$300; (3) exigir que cada casa coloque individualmente um filtro para se resguardar da poluição a um custo de \$70 por casa.

---

<sup>120</sup> COASE, Ronald. H. **Essays on Economics and Economists**, p. 10.

O exemplo acima pode ser representado na tabela abaixo:

**Tabela 1**

<b>Pressupostos da situação</b>	
1) Custos de transação iguais ou próximos a zero 2) Informações perfeitas 3) Partes racionais	
<b>Situação</b>	
<p>Fábrica Casa Casa Casa    ┌───────────┴───────────┐    │ (poluição) Rio (poluição) (poluição) │    └───────────┬───────────┘    Casa Casa Casa</p>	
<b>Soluções</b>	<b>Custo</b>
Fábrica polui, mas paga indenização às casas. →	\$100 por cada casa
Colocação de um filtro na fábrica. →	\$300 (a ser dividido entre o nº existente de casas)
Cada casa coloca individualmente um filtro. →	\$70 por cada casa

O Teorema propõe que, no mundo acima imaginado, a solução escolhida pelas partes afetadas não levará em conta a quem as regras jurídicas atribuem direitos (de poluir, de indenizar, etc.), pois, quando as partes têm acesso às três soluções economicamente possíveis ao caso, a solução adotada será sempre a de menor custo para elas. Em outras palavras, os envolvidos na situação irão naturalmente adotar a solução mais eficiente em termos econômicos.

Se, no exemplo da Tabela 1, nas condições e pressupostos de Coase, as regras jurídicas conferissem direito à fábrica de poluir o rio, os moradores das casas teriam como solução mais vantajosa a compra do filtro para a fábrica a um custo de \$300 ou, contrariamente, se as regras atribuíssem direito aos moradores das casas de ter acesso a um rio com água potável, o encaminhamento mais em conta economicamente consistiria na aquisição, por parte da fábrica, de um filtro ao custo de \$300.

É evidente que Coase reconhece que o mundo real não corresponde a um lugar com custos de transação iguais a zero. Ressalva, no entanto, que a importância de imaginarmos esse mundo reside na criação de uma situação idealizada que servirá de ponto de partida para discutirmos as implicações decorrentes da existência de custos de transação. Coase imagina um cenário de custos de transação iguais a zero justamente para destacar a importância destes. Nessa moldura, baseada no Teorema proposto, podemos conceber situações em que os custos de transação seriam impeditivos da realização de um negócio ou acordo. É possível extrair-se do teorema que a presença de custos de transação é uma das causas de ineficiência; e quando for determinado que esses custos impedem a própria transação, eles devem sempre ser mitigados. Por outro lado, considera-se que em um cenário no qual os custos de transação são existentes e relevantes, eles poderão induzir as partes a adotarem soluções economicamente ineficientes.

Quando os custos para se fazer um acordo ou negócio são levados em consideração, afeta a eficiência do resultado a maneira pela qual foram inicialmente dispostos os direitos das partes.<sup>121</sup> O jurista passa, assim, a ter um critério econômico para escolher qual é o melhor tipo de norma para regular determinada situação. Dessa constatação pode-se derivar outra conclusão, qual seja, a de estar o operador do direito dotado de um instrumento crítico dos resultados obtidos pelas normas jurídicas. O Teorema conferirá ao Direito uma tarefa de extrema importância econômica: tentar reproduzir os resultados que seriam atingidos em um mundo de custos de transação iguais a zero, um mundo em que os resultados seriam eficientes em termos econômicos.

---

<sup>121</sup> COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**, pp. 14-15.

Coase acabou por estabelecer uma crítica à abordagem atinente aos problemas de imputação de responsabilidade civil que não dá conta de resolvê-los de maneira eficiente, gerando muitas vezes uma má alocação de recursos. Dessa formulação de Coase pode-se derivar que o direito pode ser indicado como a principal fonte de resultados ineficientes. Em consequência, estabelecendo-se que o direito constitui um grande fator a ser considerado nos custos das transações, é natural incluir como fundamento da visão econômica de Posner a crítica de Coase aos resultados que o direito produz.

Um importante ensinamento do Teorema, na visão de Posner, é o de demonstrar que quando o direito é entendido como um método de promover a eficiência, esse terá a tarefa principal de minimizar os custos de transação, conferindo direitos àqueles que os valorizam mais.<sup>122</sup>

Deriva da constatação acima o próximo elemento da maneira econômica de Posner ver o mundo, que pode ser descrito como uma proposta para se lidar com a ineficiência gerada pelo Direito. A maneira como Posner abordará tal problema será examinada no próximo item.

#### **1.3.4 Superando o direito**

Nos itens anteriores pretendeu-se argumentar que a Análise Econômica do Direito de Posner tem como fundamento uma certa perspectiva econômica do mundo, desdobrada numa idéia de racionalidade econômica e na idéia como o direito influencia os custos das transações. Uma conclusão que se pode extrair do “Teorema de Coase” é de que o direito pode auxiliar na produção de resultados economicamente eficientes, mas muitas vezes não o faz. Este direito - não produtor de resultados eficientes - constituirá um problema para Posner,

---

<sup>122</sup> POSNER, [...]. *Frontiers of Legal Theory*, p. 41.

pois efetivamente não se encontra aberto a uma racionalidade econômica nem às conclusões do referido teorema.

Inserir-se, assim, como elemento da visão econômica de Posner a tentativa de solucionar a questão da ineficiência do Direito que se traduz na busca de sua superação [*to overcome law*]. O direito a ser superado, esclarece Posner, é aquele "totem profissional que significa tudo aquilo que é pretensioso, desinformado, preconceituoso e espúrio na tradição jurídica".<sup>123</sup> O argumento é desenvolvido principalmente nas suas obras *Overcoming Law* e *Law, Pragmatism and Democracy*, nas quais a tradição jurídica mencionada demonstra ser o trabalho acadêmico sobre o direito analisado por aqueles livros, principalmente o que Posner denomina de "abordagem moral".

Posner considera que o direito a ser superado, ao venerar a tradição, precedentes, rituais, costumes, terminologias arcaicas e textos antigos, constitui-se em uma das profissões que possui uma das mais fortes orientações históricas. Dita em outras palavras: uma dependência do passado que torna o direito uma espécie de gerontocracia.<sup>124</sup> A perda com essa postura está no imenso obstáculo que ela acaba criando às mudanças, ou à alteração de paradigmas.

Esse direito, objeto de superação, atrela-se substancialmente a uma justificação de caráter moral e une-se à ética. O ápice do equívoco desse modo de pensar o direito é considerá-lo como uma disciplina autônoma. Entender o direito como uma disciplina autônoma, isolada do seu contexto social, capaz de ser explicada somente pelo teórico do

---

<sup>123</sup> POSNER, [...]. *Overcoming Law*, p. 21.

<sup>124</sup> POSNER, [...]. *Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship*. in *University of Chicago Law Review* n. 67, 2000, p. 573.

direito é tornar o direito apenas uma forma.<sup>125</sup> A economia possui aqui um papel essencial nessa empreitada em que pese sua busca para superar o direito. Posner concebe uma nova teoria do direito que tem como fatores centrais, além da economia, o pragmatismo e o liberalismo.<sup>126</sup>

A utilização da economia como instrumento incorporado à análise jurídica permite ao jurista evitar uma incursão, muitas vezes problemática, nas áreas da filosofia moral e da política. Posner argumenta que é um erro imaginar que todos os problemas de caráter jurídico possam ser desdobrados em questões maiores que envolvam a liberdade e autonomia dos indivíduos. Um contrato, por exemplo, na maioria das vezes não será uma questão de autonomia humana, mas de custos de transação.

Por sua vez, a economia confere ao direito um método para atravessar ileso todos esses tipos de questionamentos políticos ou morais, em especial pelo fornecimento de meios para avaliar a eficiência econômica dos resultados jurídicos que foram ou serão produzidos.<sup>127</sup> Na ótica de Posner, a economia beneficia o direito ao constituir um ponto neutro que ajudará na solução de questões jurídicas controversas.<sup>128</sup>

Em sua empreitada de superação do direito, Posner nutre a crença de que a filosofia do direito, que dá suporte teórico a este direito a ser superado, irá se tornar irrelevante.<sup>129</sup> Nesse aspecto, o desenvolvimento da computação, contabilidade e engenharia serão os

---

<sup>125</sup> POSNER, [...]. **Law, Pragmatism and Democracy**, p. 21.

<sup>126</sup> POSNER, [...]. **Overcoming Law**, pp. VIII e 29.

<sup>127</sup> Idem, *ibidem*, pp. 21-22.

<sup>128</sup> POSNER, [...]. **Frontiers of Legal Theory**, p. 32.

<sup>129</sup> POSNER, [...]. **Overcoming Law**, p. 79.



responsáveis por colocar essa ótica do direito em segundo plano, passando a considerá-la obsoleta.<sup>130</sup>

Nesse sentido, o pragmatismo constitui um elemento auxiliar da superação do direito na medida em que o liberta da filosofia. Posner esclarece que não emprega o termo pragmatismo no mesmo sentido utilizado pelos filósofos e, por essa razão, prefere denominá-lo de “pragmatismo do dia-a-dia” [*everyday pragmatism*].

Posner, mesmo reconhecendo a dificuldade de definir o seu tipo de pragmatismo, define-o de maneira que considera incompleta como

[...] uma disposição de fundamentar decisões políticas em fatos e conseqüências ao contrário de fundamentá-las em conceitualismos e generalidades.<sup>131</sup>

O fundamento central desse pragmatismo é explicado por Posner como sendo uma disposição de perceber uma ação como algo baseado em fatos e conseqüências, ignorando “devoções e *slogans*”.<sup>132</sup> A economia, inclusive, vê o homem como um pragmático, sem a perspectiva ilusória da “natureza humana”. Esta noção mais objetiva revela que o homem nada mais é do que um animal dotado de inteligência, muito mais capaz de lidar com problemas de ordem prática do que se ocupar com metafísica ou outras abstrações. Na verdade, a ilusão criada pela filosofia moral está em considerar a natureza humana através da idéia socrática pela qual o homem tende ao Bem. O direito, por estar impregnado pelas teorias filosóficas morais, acaba sendo entendido como uma mera abstração, fruto da tentativa de universalização de características locais.

---

<sup>130</sup> POSNER, [...]. **Overcoming Law**, pp. 79-80.

<sup>131</sup> POSNER, [...]. **Law, Pragmatism and Democracy**, pp. 3 e 59.

<sup>132</sup> POSNER, [...]. **Law, Pragmatism and Democracy**, pp. 2-3.

O pragmatismo, por sua vez, não possui esta pretensão, pois, ao dar ênfase ao senso comum e à razoabilidade, apenas proporciona ao juiz decidir um caso com base nas melhores conseqüências para as partes envolvidas, sem estar adstrito a abstrações como “imparcialidade”, “eqüidade” ou até mesmo “justiça”. Posner relaciona o seu tipo de pragmatismo com o movimento sofista da Grécia antiga cuja percepção era de que o valor de teorias jurídicas morais era apenas de natureza retórica.<sup>133</sup>

Já o liberalismo, por sua vez, tem a vantagem para Posner de possibilitar o convívio de pessoas que possuem diferentes e inconciliáveis - nas palavras de John Rawls - “doutrinas compreensivas” sobre o mundo. Essa perspectiva do liberalismo tem a característica de percebê-lo como “um terreno de possível encontro de todas as culturas”.<sup>134</sup> A referência ao liberalismo é justificada por Posner apenas na medida em que esse possui uma ênfase no individualismo e cria as condições práticas necessárias à liberdade pessoal e à prosperidade econômica.<sup>135</sup> O motivo de Posner para limitar a influência do liberalismo na superação do direito justifica-se na medida em que esse “não é uma filosofia completa do direito ou do governo”. Assim, o liberalismo para Posner:

[...] promove a troca de informações que é necessária para o progresso tecnológico e científico, agrega o apoio de cidadãos sem coerção, maximiza a produção, encoraja e recompensa a competência, previne a excessiva centralização na tomada de decisões, enfraquece as lealdades a famílias ou clãs que competem entre si e torna menos provável o sectarismo.<sup>136</sup>

Apesar de Posner considerar a economia como uma ciência que busca a neutralidade, certamente ele não considera que a economia possua em si mesma todas as respostas para os problemas jurídicos. Por isso acaba agregando à sua visão econômica o pragmatismo e o liberalismo, de modo que não se pode pensar hoje na *law and economics* de Posner sem

---

<sup>133</sup> Idem, ibidem, pp. 12, 52 e 59.

<sup>134</sup> A expressão é de Charles Taylor em **Argumentos Filosóficos**, pp. 266-267.

<sup>135</sup> POSNER, [...] **Overcoming Law**, p. 24.

esses dois últimos elementos. Eventuais conflitos que possam existir entre a sua visão econômica e principalmente o liberalismo são superados através de uma concepção ampla do que vem a ser este. O liberalismo é entendido como uma doutrina capaz de favorecer a prosperidade econômica, pois favorece o individualismo e a liberdade pessoal. O principal argumento favorável encontrado por Posner nessa abordagem econômica ampla reside principalmente na sua capacidade de não encarar o direito como uma disciplina autônoma, constituindo assim um vetor de sua transformação, superando o seu estado atual.

---

<sup>136</sup> POSNER, [...] **Overcoming Law**, p. 25.

## 2. Eficiência Econômica

“Meu nome verdadeiro é Dr. Frankstein. Sou muito orgulhoso do meu monstro, e gostaria agora de falar algumas palavras em sua defesa”.

Richard A. Posner<sup>137</sup>

### 2.1 Preliminares

Entendo que para se falar de eficiência e entender a sua profunda relevância no pensamento de Posner foi necessário argumentar que esta não pode ser entendida sem uma análise prévia do que vem a ser a sua visão econômica do mundo, desdobrada em uma espécie de racionalidade, no Teorema de Coase e na sua tentativa de superação do Direito. Além desse fator, destaquei que Posner constata insuficiências em duas teorias da justiça mais importantes e mostra como a filosofia moral não auxilia o raciocínio prático jurídico.

A palavra eficiência desperta no imaginário das pessoas muito mais um sentido econômico do que um sentido propriamente jurídico. Essa percepção, de qualquer maneira, não está equivocada e foi respeitada neste trabalho, na medida em que seus pressupostos econômicos foram abordados. Ocorre que Posner pretende utilizar a eficiência no campo jurídico com o auxílio de um conceito de economia mais amplo, através da demonstração de sua superioridade técnica, quando comparada a outras concepções de justiça, abrindo a possibilidade de livrar o Direito do discurso moralista.

---

<sup>137</sup> POSNER, [...]. *Law and Economics Is Moral* in Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989, p. 163.

Posner argumenta, portanto, que, embora muitos juízes possam nunca utilizar a linguagem da economia para explicar as suas decisões, na prática muitas vezes eles terão como suporte, em sua fundamentação, princípios econômicos a fim de tornar doutrinas jurídicas mais próximas da realidade, principalmente no sistema do *common law*.

A eficiência seria um desses argumentos econômicos. A sua principal vantagem reside no fato de permitir ao jurista escapar, quando buscar soluções para conflitos jurídicos, do apelo ao moralismo defendido pela academia, proporcionando um procedimento mais condizente com a racionalidade em sentido econômico. Posições políticas e temas jurídicos controversos são abordados sob um ponto de vista neutro, pois o economista, de acordo com Posner, não busca favorecer qualquer lado de um debate - apenas buscará a eficiência.<sup>138</sup>

Pensada da forma mais simples possível, a eficiência consiste em obter o maior valor pelo custo de alguma coisa. Subentendido a essa afirmação está o fato de que a eficiência demanda um cálculo de custo e benefício em que o valor de algo é medido em termos monetários. Em um mundo jurídico dominado por noções falhas de justiça e por noções acadêmicas do que é o fenômeno moral que demonstram a incomensurabilidade de argumentos rivais, a idéia de eficiência parece para Posner a única maneira de superação deste contexto. Assim, no âmbito jurídico, a eficiência passa a ser também um critério de avaliação de políticas públicas e regras jurídicas.

A eficiência quando utilizada por Posner e pelos adeptos da análise econômica do direito é pensada geralmente através de duas maneiras: Pareto ou Kaldor-Hicks. Antes de analisar especificamente cada forma de entender a eficiência econômica é importante destacar

---

<sup>138</sup> POSNER, [...]. *Frontiers of Legal Theory*, p. 37.

que a “Eficiência Kaldor-Hicks” constitui uma forma mais elaborada da “Eficiência Pareto”, justificando-se, assim, que o seu exame ocorra após o desta.

## **2.2 De Pareto a Kaldor-Hicks: o conceito de eficiência econômica**

A noção de eficiência mais conhecida no mundo econômico é a chamada “Eficiência Pareto” ou “Ótimo Pareto”. O termo tem o nome do seu criador, o economista franco-italiano Vilfredo Pareto.<sup>139</sup> Esta noção interessa à concepção de eficiência de Richard Posner porque será um passo inicial para se determinar quais os critérios para que uma determinada situação de alocação de recursos possa ser avaliada como eficiente ou não.

A fim de se entender a “Eficiência Pareto”, inicialmente, temos que esclarecer o que vem a ser uma "Melhora Pareto" quando comparamos duas situações que envolvam alocação de recursos. Uma “Melhora Pareto” ocorre quando uma alocação de recursos produzir uma situação em que pelo menos um indivíduo fique em uma situação melhor sem que para isso os outros envolvidos sejam prejudicados. Teremos um estado de “Eficiência Pareto” quando não for mais possível, em uma dada alocação de recursos, ocorrer uma "Melhora Pareto".

O termo eficiência em Pareto é extraído do conceito denominado pelos economistas de “Ótimo Pareto”. Assim, por exemplo, temos que uma situação atinge um “Ótimo Pareto” quando através de uma realocação não se pode melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a situação de outras.

Vejamos o que diz Pareto:

Diremos que os membros de uma comunidade gozam, em determinada posição, do máximo de ofemilidade, quando se torna impossível encontrar um meio de afastar-se muito pouco dessa posição, de tal maneira que a ofemilidade de que goza cada indivíduo dessa coletividade aumente ou diminua. Isso significa que todo pequeno deslocamento a partir dessa posição tem, necessariamente, como efeito aumentar a ofemilidade de que gozam certos indivíduos e diminuir a de que outros gozam: ser agradável a uns e desagradável a outros.<sup>140</sup>

O termo de Pareto “máximo de ofemilidade”, portanto, denomina uma situação em que uma alocação atingiu um ponto equilíbrio, ou seja, de ausência de excedente a ser distribuído entre as partes. A “Eficiência Pareto” é muito bem definida por Gordley<sup>141</sup> ao esclarecer que “uma mudança será considerada eficiente se ao menos as preferências de uma pessoa podem ser satisfeitas sem a diminuição da habilidade das outras de satisfazerem as suas”. A percepção de Gordley revela também que a “Eficiência Pareto” diz respeito apenas às satisfações de preferências individuais; idêntica é a observação de Fleurbaey ao afirmar que a “Eficiência Pareto” tem como valor fundamental a satisfação dos indivíduos.<sup>142</sup> Assim o resultado de uma transação será tido como eficiente se as partes considerarem intimamente que estão em uma situação melhor, pois segundo o critério de Pareto não há como quantificar o montante de ganho na transação, apenas afirmar que ele ocorreu. Essa característica é essencial para se entender a necessidade de uma transformação no conceito de Pareto, pois sendo um critério de natureza pessoal o fato de um indivíduo estar em uma situação melhor, a quantificação dos ganhos obtidos será uma tarefa extremamente complexa e dificultará a sua aplicação em larga escala.

---

<sup>139</sup> Pareto nasceu em Paris no ano de 1848. Sua família pertencia à aristocracia italiana e em 1858 retornou à Itália.

<sup>140</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 193.

<sup>141</sup> Idem, *Op. cit.*, p. 5.

<sup>142</sup> FLEURBAEY, Marc. **Théories Économiques de la Justice**, p. 51.

Cabe ainda esclarecer as razões pelas quais Pareto pensou a eficiência em termos de preferências individuais. A idéia era tentar resolver o problema do utilitarismo clássico. Em sua perspectiva clássica, o utilitarismo consiste simplesmente na maximização da felicidade para um maior número possível de pessoas. Ou seja: se numa cidade de 5.000 pessoas houver a opção de o poder público construir um parque, a melhor decisão será aquela que o maior número dos 5.000 residentes responderem que se sentem mais felizes. Nesse sentido, o bem-estar de uma sociedade é medido através da soma do bem-estar de todas as pessoas; essa noção de bem-estar é chamada também de “utilidade”.

Pareto considerou insuficiente a noção de “utilidade” empregada pela teoria clássica do utilitarismo, uma vez que não possibilita a realização de comparações interpessoais de “utilidade”. Esse autor constatou que maximizar a minha felicidade não é a mesma coisa do que maximizar a felicidade do meu vizinho. Assim, Pareto percebeu que “felicidade”, “bem-estar” e “utilidade” não são conceitos dotados de unidade de sentido para as pessoas. Dessa forma, não há como se fazer uma soma total de “utilidades”, pois estas devem ser dimensionadas individualmente. A par disso, não há no utilitarismo um critério para isso. A proposta de Pareto consistiu em uma nova concepção de “utilidade”, entendendo-a como uma representação de um ordenamento interior das preferências de um indivíduo. Melhor do que falar em “utilidade” como sinônimo de “bem-estar” ou “felicidade” é considerá-la como satisfação de preferências individuais. Entendida desta forma, a “utilidade” será maximizada se considerarmos que da situação “A” para a “B” os indivíduos afirmam que tiveram suas preferências satisfeitas.

A explicação acima demonstra também que Pareto, apesar de tentar divorciar-se do utilitarismo, não se afasta de uma forte inclinação consequencialista. Isso porque o seu critério de eficiência, ao determinar qual situação produz os melhores resultados, exclui a



discussão sobre fins. Posner não deixa de notar esta relação e por este motivo buscará também ir além da “Eficiência Pareto” para não ter que responder, no seu conceito de eficiência, a toda crítica ao utilitarismo.

De qualquer forma, apesar do utilitarismo ser apenas uma das espécies de visões éticas que podem ser incluídas no gênero “conseqüencialismo”, a eficiência que será a seguir tratada difere do utilitarismo no sentido que não postula que as conseqüências das ações sejam a felicidade geral.<sup>143</sup>

Até aqui analisou-se que na eficiência, como ela foi desenvolvida por Pareto, um resultado será considerado mais eficiente somente na situação em uma pessoa tiver alguma melhora e nem uma outra fique em um estado pior. Por outro lado, na prática é identificado outro problema na eficiência de Pareto: seria quase impossível realizar qualquer mudança, em larga escala, sem que nenhuma pessoa acabe sofrendo uma perda. Em um contexto que envolva poucos indivíduos é mais fácil determinarmos se uma das partes ficou em uma pior situação; mas se pensarmos em uma política pública que afetará milhares de pessoas, a eficiência Pareto será difícil de ser estabelecida.

Assim, para a eficiência ser algo relevante em termos jurídicos e ser uma forma de divisão e participação em bens, foi necessária uma transformação do critério de Pareto. Isso acabou sendo realizado no final dos anos 30 do século XX pelos economistas Nicholas Kaldor<sup>144</sup> e John Richard Hicks.<sup>145</sup> A relevância jurídica da eficiência foi obtida por Kaldor e Hicks ao definirem-na como uma situação em que o resultado seja tal que os ganhadores

---

<sup>143</sup> De acordo com Bernard Williams, o utilitarismo é “um tipo de conseqüencialismo que está especialmente ligado à felicidade” (SMART, J. J., WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism: for and against.**, p. 79.)

<sup>144</sup> KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility** in *Economic Journal* 49, 1939, pp. 549-52.

<sup>145</sup> HICKS, John Richard. **The Foundations of Welfare Economics** in *Economic Journal* 49, 1939, pp. 696-712.

obtenham mais do que a privação sofrida pelos que saíram perdendo. Posner faz uma exposição sobre esse tipo de eficiência ou “maximização de riqueza” como uma teoria moral capaz de dar objetividade ao direito em seu livro *The Economics of Justice* publicado em 1981.<sup>146</sup> É nessa obra que Posner sustenta também que a justiça é um conceito análogo ao de eficiência; ou, em outras palavras, que o justo deve ser pensado em termos de eficiência.<sup>147</sup> Neste tipo de eficiência, a riqueza a ser maximizada é concebida por Posner como o valor de qualquer coisa em uma sociedade, expresso através de dinheiro.<sup>148</sup>

Antes de continuar na exposição de como a superação do critério de eficiência de Pareto será a eficiência Kaldor-Hicks - denominada por Posner de “maximização de riqueza”- cabe responder a uma provável objeção: será que Posner não se distanciou do texto e dos argumentos construídos no *Economics of Justice*, escrito há mais de vinte anos? Tal objeção, no entanto, excluiria a capacidade daquele livro de constituir uma peça fundamental na teoria de Posner.

Realmente, não se pode negar que as críticas sofridas por Posner ao longo dos anos<sup>149</sup> fizeram com que ele revisasse algumas afirmações sobre a maximização de riqueza, entendida como uma teoria moral. Nesse particular, contudo, os escritos posteriores de Posner contêm apenas uma versão mais detalhada do conceito de maximização de riqueza cujo conteúdo não pode ser considerado antagônico ou desautorizador do livro *The Economics of Justice*. Destarte, a maximização de riqueza continua sendo uma importante justificação moral de toda a análise econômica do direito feita por Posner. Contudo, como já foi abordado no item 1.3 *supra*, ele argumentará que a maximização de riqueza não é uma teoria moral no sentido como seus adversários a concebem, porquanto essa abandona o discurso moral

---

<sup>146</sup> POSNER, [...]. **The Economics of Justice**, 2ª ed., EUA: Harvard University, 1983.

<sup>147</sup> Idem, *ibidem*, pp. VII, 6 e 87.

<sup>148</sup> Idem, *ibidem*, p. 60.

acadêmico ao utilizar meios pragmáticos na produção de resultados justos na resolução de problemas sociais e jurídicos.<sup>150</sup> Por outro lado, na mais recente edição do seu mais importante livro, "Economic Analysis of Law", em 2003, Posner continua sustentado que a eficiência possui importância central em seu pensamento.<sup>151</sup>

Retomando o argumento central, a grande novidade desta abordagem é que a utilização da eficiência, nos termos de Kaldor-Hicks, permite que um resultado seja considerado eficiente, mesmo que algumas pessoas fiquem em uma situação pior. O resultado será eficiente para o critério de Kaldor-Hicks se aqueles que ficarem em uma situação melhor puderem, em tese, compensar aqueles que ficarem em uma situação pior, existindo aqui a possibilidade, em tese, de ser gerado um resultado de acordo com a "Eficiência Pareto".

Uma comparação entre a "Eficiência Kaldor-Hicks" e a "Eficiência Pareto" permite a conclusão de que a questão da compensação dos que ficaram em uma situação pior na alocação dos recursos não é algo que necessariamente deva ocorrer. O essencial é a existência da possibilidade de compensação, cuja ocorrência decorra do resultado positivo gerado. O foco da "Eficiência Kaldor-Hicks" encontra-se, assim, na geração de um resultado de maior valor agregado. Disso advém a irrelevância conferida à efetividade da compensação. Na "Eficiência Pareto", ao contrário, há uma necessidade de que as partes envolvidas sintam-se efetivamente beneficiadas.

---

<sup>149</sup> Entre as mais significativas estão as de Ronald Dworkin nos artigos **Is Wealth a value?** e **Why Efficiency?** publicados no livro **A Matter of Principle**. EUA: Harvard, 1986 e Amartya Sen **On Ethics and Economics**. Reino Unido: Oxford University, 1988.

<sup>150</sup> POSNER, [...]. **Law and Economics Is Moral**, p. 163. Outras defesas de Posner da maximização de riqueza são encontradas em **Wealth Maximization Revisited** in Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol. 85, 1985, e **The Problems of Jurisprudence**.

<sup>151</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p.27.

Na “Eficiência Pareto” é imposta uma unanimidade entre os participantes no que diz respeito ao recebimento de um benefício, sendo, portanto, desnecessária a comparação subjetiva de ganhos e perdas. Dessa forma, basta que uma pessoa afirme ter sido prejudicada para que não se tenha uma “melhora Pareto”. Já para a “Eficiência Kaldor-Hicks” é necessário que se quantifique ganhos e perdas, e para que isso seja possível surge a exigência lógica de um denominador comum. Há uma mudança da “satisfação de uma preferência” em Pareto para o valor monetário (ou “riqueza”) como critério avaliativo da eficiência.

A eficiência como “maximização de riqueza” é justificada por Posner no sentido que é moralmente bom colocar os bens em poder daqueles que lhes conferem maior valor.<sup>152</sup> Relembrando o argumento colocado no início, quando tratamos da eficiência econômica e suas noções: valorizar bens significa capacidade e disposição em pagar uma determinada quantia em dinheiro por esses bens.<sup>153</sup> Consideradas desse modo, as normas jurídicas que colocarem os bens em poder daqueles que os valorizarem mais serão normas maximizadoras de riqueza.

A “Eficiência Kaldor-Hicks” seria difícil de ser medida caso não fosse fornecido um método para se determinar quem confere um valor maior a um determinado bem. Conferir um valor maior para algo é um fator deduzido da observação do comportamento humano que, por sua vez, é explicado nos termos de uma teoria da ação racional de natureza econômica. Posner inclusive salienta que a racionalidade econômica engloba toda a ação humana, e não apenas enquanto esta encontra-se situada no mercado. Traçado este percurso, percebe-se que o método de quantificação monetária da “maximização de riqueza”, atribuindo a tudo um preço,

---

<sup>152</sup> Cabe lembrar que a idéia original de que um mundo em que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero, a solução a ser escolhida pelas partes afetadas não levará em conta a quem as regras jurídicas atribuem direitos, conforme já analisado, deriva do artigo de Ronald H. Coase *O Problema do Custo Social* de 1960.

<sup>153</sup> POSNER, [...]. *The Economics of Justice*, pp. 60-61.

mostrou-se mais interessante à Análise Econômica do Direito. Dessa forma, é utilizado um critério de eficiência que permite avaliar objetivamente os resultados produzidos pelas regras jurídicas e decisões judiciais.

O principal argumento para a “Eficiência Kaldor-Hicks” (ou “maximização de riqueza”) ser considerada um critério melhor para divisão ou participação de bens em uma sociedade encontra-se na possibilidade concreta desta libertar o direito de qualquer espécie de fanatismo moral, este entendido nos termos expostos no item 1.3 deste trabalho. Contudo, esta afirmação não implica em considerar tal critério como desprovido de base moral. Por essa razão, a idéia de eficiência como “maximização de riqueza” possui ainda uma peculiaridade se comparada estritamente com a “Eficiência Kaldor-Hicks”: esta última exige que ocorra uma maximização de riqueza suficiente para que seja possível uma compensação dos perdedores. Todavia, a ocorrência efetiva da referida compensação é algo que escapa à economia, sendo muito mais um terreno da ética ou da política.

Posner tenta atribuir um elemento ético ao seu critério identificando na “maximização de riqueza”, a base consensual que o autor diz ser a noção de consentimento. Isso é explicado no exemplo de uma pessoa que compra um bilhete de loteria e não ganha o prêmio. Há na situação um consentimento prévio da parte com o possível resultado negativo, de modo que a compensação não se faz eticamente necessária. O argumento de Posner é que esse tipo de consentimento prévio não é levado em conta, e ocorre na maioria das vezes em que transações são denominadas como eficientes, porém injustas. Sob outro aspecto moral, a riqueza entendida em termos monetários é algo considerado por Posner como benéfico, pois ela é somente obtida através da cooperação entre indivíduos. Uma pessoa egoísta não poderá obter riqueza ou promover o seu auto-interesse sem beneficiar, mesmo que minimamente, outra pessoa.

Nas palavras do próprio Posner:

A riqueza é obtida legalmente quando fazemos coisas em prol de outras pessoas como oferecer-lhes bons negócios. O indivíduo pode ser completamente egoísta, mas não pode, em uma economia de mercado bem regulada, promover o seu auto-interesse sem beneficiar os outros e a si mesmo. Essa deve ser a razão por que a preguiça é um traço não apreciado em nossa sociedade. A pessoa preguiçosa substitui por divertimento, que não produz nenhum excedente que possa ser consumido pelo resto da sociedade, o trabalho produtivo.<sup>154</sup>

O raciocínio de Posner acerca do fundamento moral da maximização de riqueza parece não se divorciar da justificativa moral encontrada pela economia moderna, desde o século XVIII, para o modelo de comportamento humano. O referido modelo - entendido também através da metáfora da “mão invisível” - consiste em afirmar que toda a ação orientada pelo auto-interesse leva a uma alocação eficiente dos bens econômicos, tanto no plano pessoal como social. A busca pelo auto-interesse torna-se a base para o surgimento de uma riqueza comum que a todos beneficie.

A primeira parte deste trabalho ocupou-se em responder como é construído o consequencialismo na noção de eficiência da análise econômica defendida por Posner.

A segunda parte irá procurar estabelecer algumas limitações que esta percepção da pode trazer ao seu partidário. Se por um lado, conforme o argumento deste trabalho, Posner procura solidificar uma visão de eficiência focalizando-a na racionalidade econômica, na insuficiência das visões de justiça e na necessidade de superação do direito, a fim de agregar a este maior objetividade, esta acaba deixando de lado capacidades éticas dos seres humanos e aumentando excessivamente a esfera de influência do mercado e do valor monetário em nossas vidas.

---

<sup>154</sup> Idem, *ibidem*, p. 62.



## Parte II - Um mundo refeito: limitações de um Direito pensado em termos de eficiência

“Se esse estilo de crítica com frases de efeito é um exemplo do respeito com que os economistas tratam os seus oponentes, os leitores de Posner possuem muitas razões para preferir os filósofos, de quem, desde a graduação em diante, é exigido uma cuidadosa reconstrução das premissas de um argumento para depois poderem fazer uma crítica.”

Martha C. Nussbaum<sup>155</sup>

“O estudo da economia, embora relacionado imediatamente à busca da riqueza, em um nível mais profundo, está ligado a outros estudos, abrangendo a avaliação e intensificação de objetivos mais básicos. (...) A economia, em última análise, relaciona-se ao estudo da ética e da política (...)”.

Amartya Sen<sup>156</sup>

### 1. Comportamento humano, racionalidade econômica e direito.

A visão econômica adotada por Posner é desenvolvida através de uma análise que entende a racionalidade humana como fundamento a busca da vantagem pessoal. Essa procura, longe de ser interpretada como uma ação mesquinha, serve de elemento motivador de todos os agentes em todas as situações sociais. Por essa razão, convém lembrar que a racionalidade, para Posner, nada mais é do que uma aptidão para eleger os melhores meios para os fins escolhidos, isso tanto por um ser humano quanto por um sapo, ou um rato. Ao considerar que agentes racionais pautam a sua conduta de maneira a maximizar os seus fins, Posner adotou o que os economistas chamam de “paradigma da escolha racional” como instrumento de análise.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. *Still Worthy of Praise* in Harvard Law Review, Vol. 111, 1998, p. 1778.

<sup>156</sup> SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*, p.3.

<sup>157</sup> NIDA-RUMELI, Julian. *Economic Rationality and Practical Reason*. Holanda: Kluwer, 1997, p. 16.



A defesa realizada por Posner desse modelo pode ser sintetizada no argumento da sua objetividade. Segundo Posner, incluir outras variáveis implicaria permitir uma subjetividade muito grande e geraria uma conseqüente falta de controle dos resultados a serem obtidos. Eis por que motivo o modelo explicativo da racionalidade econômica não parece ser meramente descritivo da realidade ou simplesmente a maneira pela qual nos comportamos, mas algo construído, pois outros elementos são excluídos em prol de sua objetividade.

Essa racionalidade é importante na construção do que vem a ser o conseqüencialismo para Posner, dado que o resultado eficiente somente será possível quando se pressupor uma racionalidade nos termos em que é pensada pelo autor. Kaldor, já mencionado anteriormente como um dos criadores do conceito de eficiência utilizado por Posner, deixa explícita esta conexão ao esclarecer que “aqui o economista está em um terreno seguro; o *status* científico de seus teoremas é inquestionável, quando se concorda que o postulado básico da economia consiste em que cada indivíduo prefere o mais ao menos, uma maior satisfação a uma menor”.<sup>158</sup>

Considerando esse contexto, um dos objetivos desta parte do trabalho consiste em examinar se esta noção de racionalidade descreve realmente como agimos ou, por outro lado, se acaba por excluir fatores essenciais da conduta humana. Para esta finalidade, o caso de Phineas Gage analisado pelo neurobiólogo Antonio R. Damasio no livro “Descartes’ Error”<sup>159</sup> parece ser de grande valia, pois relata a vida de um homem que, após um terrível acidente, permanece com as características que a racionalidade econômica defendida por Posner sustenta serem suficientes, mas mostra-se incapaz de interagir com as outras pessoas ao seu redor.

---

<sup>158</sup> KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions in Economics** in *Economic Journal* 49, 1939, p. 551.

<sup>159</sup> DAMASIO, Antonio R. **Descartes' Error : Emotion, Reason, and the Human Brain**. Reino Unido: Penguin, 2005.

Após, o terceiro item desta parte será dedicado ao exame da possibilidade da racionalidade econômica, nos termos que é defendida por Posner, exercer a superação do direito.

### 1.1 O caso de Phineas Gage

A idéia de uma racionalidade pensada apenas como uma habilidade de realizar cálculos, centrada nas conseqüências e avaliando que as pessoas são consideradas independentemente de influências externas, encontra-se presente no caso de Phineas Gage, que será neste item apresentado. O caso ilustra a idéia de que não se deseja repetir o mesmo erro de Posner, ou seja, ter como agente racional um ser humano refeito. O interessante do exemplo de Gage, a seguir exposto, é que a situação patológica colocada por ele não o privou de exibir qualidades consideradas por Posner suficientes para alguém ser considerado racional.

Em relação ao caso de Phineas Gage,<sup>160</sup> Antonio Damasio relata que aquele trabalhava para a Estrada de Ferro Rutland & Burlington e tinha a seu cargo um grande número de homens, “uma ‘brigada’ cuja tarefa consistia em assentar os trilhos da ferrovia através de Vermont.”<sup>161</sup> Descreve que “em vez de fazerem os trilhos contornar cada escarpa que encontram no trajeto, a estratégia consiste em explodir as rochas para abrir um caminho mais reto e nivelado”.<sup>162</sup> Gage era a pessoa que coordena todas essas tarefas. Ele media 1,70 metro, tinha boa saúde e podia ser descrito como portador de um corpo atlético. Seus movimentos eram “decididos e precisos”. Gage era considerado por seus amigos e familiares

---

<sup>160</sup> O caso também é abordado nas seguintes obras consultadas: STAVEREN, Irene Van. **The Values of Economics**. Reino Unido: Routledge, 2001. RESTAK, Richard M. **The Secret Life of the Brain**. EUA: Joseph Henry, 2001, p. 201 ss. e PARKIN, Alan J. **Case Studies in the Neuropsychology of Memory**. Hove, Reino Unido: Psychology, 1997, p.127 ss.

<sup>161</sup> DAMASIO, Antonio R. *Op. cit.*, p. 3.

como uma pessoa gentil, amigável, paciente, trabalhadora e que falava com uma voz calma e suave. Um marido e pai amável. Os chefes de Gage não o consideravam “apenas um outro par de braços”, mas “definem-no como o homem ‘mais eficiente e capaz’ que está ao seu serviço. Trabalho que “requer tanto destreza física quanto concentração apurada, em particular quando chega o momento de preparar as detonações”.<sup>163</sup>

Conforme o relato de Damasio,<sup>164</sup> durante uma tarde comum de trabalho, Gage havia acabado “de colocar a pólvora e o rastilho num buraco e disse ao homem que o estava ajudando para colocar a areia”. Todavia, “alguém atrás dele o chama e, por um breve instante, Gage olha para trás, por cima do ombro direito”. Gage fica distraído, e antes de o seu ajudante introduzir a areia, começa a calcar a pólvora diretamente com a barra de ferro. Gage acaba por provocar uma faísca na rocha e a carga explosiva rebenta-lhe diretamente no rosto. Damasio narra que “a explosão é tão forte que toda a brigada está petrificada”. A barra de ferro “entra pela face esquerda de Gage, trespassa a base do crânio, atravessa a parte anterior do cérebro e sai a alta velocidade pelo topo da cabeça”. Phineas Gage é jogado ao chão, está atordoado, silencioso, mas consciente. Pouco tempo depois, não obstante a violência do acidente, Gage levanta e é capaz de conversar e dizer o que está sentindo.

O fato de Gage sobreviver torna-se “tanto mais surpreendente quanto se toma em consideração à forma e o peso da barra de ferro”.<sup>165</sup> Damasio aponta a impressão de Henry J. Bigelow, professor de medicina em Harvard: “O ferro que atravessou o crânio pesa cerca de seis quilos; mede cerca de um metro de comprimento e tem aproximadamente três centímetros de diâmetro. A extremidade que penetrou primeiro é pontiaguda; o bico mede 21

---

<sup>162</sup> DAMASIO, Antonio R. Op. cit., p. 3.

<sup>163</sup> Idem, ibidem, p. 4.

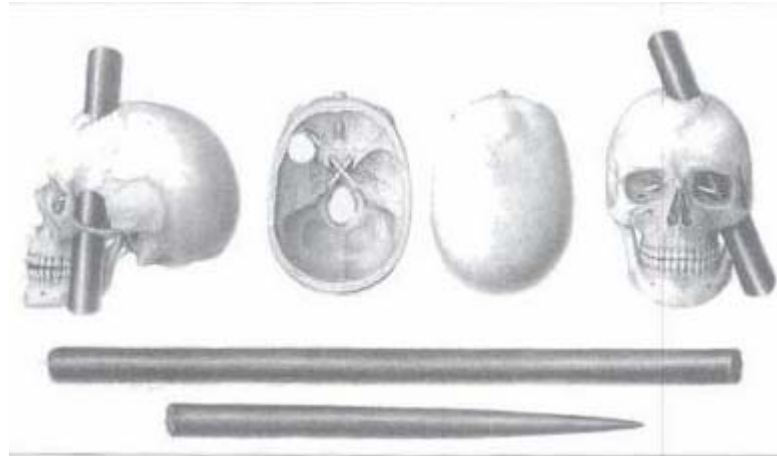
<sup>164</sup> Idem, ibidem.

<sup>165</sup> Idem, ibidem, p. 6.

centímetros de comprimento, tendo a sua ponta meio centímetro de diâmetro, são essas as circunstâncias às quais o doente deve provavelmente a sua vida”.<sup>166</sup>

Figura 1.

Figura que demonstra como a barra de ferro perfurou o crânio de Phineas Gage.



Em menos de dois meses, Phineas Gage é considerado são. Ocorre que o fato de ser considerado fisicamente são passa a ser algo menos relevante quando comparado com a modificação que a personalidade de Gage sofreria. Damasio destaca que, em relação a Gage, “sua disposição, seus gostos e aversões, seus sonhos e aspirações, tudo isso se modificará. O corpo de Gage pode estar vivo e são, mas tem um novo espírito a animá-lo”.<sup>167</sup>

Após a sua recuperação Gage torna-se uma pessoa rude e ofensiva. Damasio descreve que Gage

<sup>166</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>167</sup> DAMASIO, Antonio R. *Op. cit.*, p. 7.

[...] mostrava-se agora caprichoso, irreverente, usando por vezes a mais obscena das linguagens, o que não era anteriormente seu costume, manifestando pouca deferência para com os colegas, impaciente relativamente a restrições ou conselhos quando eles entravam em conflito com seus desejos, por vezes determinadamente obstinado, outras ainda caprichoso e vacilante, fazendo muitos planos para ações futuras que tão facilmente eram concebidos como abandonados... [...] Sua linguagem obscena era de tal forma degradante que as senhoras eram aconselhadas a não permanecer durante muito tempo na sua presença, para que ele não ferisse suas sensibilidades.<sup>168</sup>

Em resumo, Gage passa a ser incapaz de aceitar conselhos ou objeções dos outros, acaba por perder o seu emprego (sem conseguir outro fixo), sua mulher pede o divórcio e seus filhos não o suportam. Gage acaba a sua vida como um mendigo.

---

<sup>168</sup> Idem, ibidem, p. 8.

## 1.2 Maximização do auto-interesse e consistência

Na ilustração do caso acima, é importante observar que após o acidente, Gage não demonstrava mais qualquer respeito pelas convenções sociais, passando insistentemente a violar os princípios éticos da sua época. O curioso no caso de Gage é que ele não perdeu as capacidades consideradas para Posner como racionais: ele ainda possuía auto-interesse, calculava os meios necessários para determinados fins de suas ações e também era capaz de ser coerente com as suas escolhas. É conveniente lembrar que, segundo Becker, em seus comportamentos, os indivíduos sempre procuram maximizar o seu bem-estar na medida em que o conceberem, sejam essas pessoas, nas suas próprias palavras, “egoístas, altruístas, leais ou masoquistas”.<sup>169</sup>

O problema é que não se pode negar que algo ficou faltando em Phineas Gage depois do acidente, ainda que ele possa ser considerado “racional” segundo os parâmetros de Posner e Becker. Mas por que isso ocorre? Por que Gage é uma pessoa racional para Posner? Considera-se que o exemplo de Gage torna claro que tudo depende de como se enfoca a ação humana. É claro que se examinarmos essa ação somente sob o ponto de vista da primeira parte desse estudo, poucas seriam as exceções ao agir racional econômico da *law and economics* de Posner. Para o autor, as pessoas, aqui, estão sempre agindo desta forma racional, procurando maximizar riqueza em todas as suas ações, inclusive em relação à sua família, aos amigos e ao sexo.

Há uma pretensão clara nos argumentos de Posner de querer reduzir toda a conduta do ser humano a essa perspectiva, ou seja, reduzir a uma busca da satisfação apenas em

termos econômicos. Uma das justificativas está relacionada ao fato desta forma de racionalidade econômica fornecer um fator que torna comensuráveis todas as escolhas possíveis por uma pessoa. Em outras palavras, ocorrerá uma espécie de ponderação em que se pode medir e sopesar as alternativas com base em um único critério. Esse fator de comensurabilidade - importante também quando falamos em eficiência - será a idéia de riqueza que poderá ser expressa, em última análise, na forma monetária.

Tendo em vista esse aspecto econômico, Amartya Sen refere que existem basicamente dois métodos utilizados para se identificar a racionalidade em um comportamento: a maximização do auto-interesse e a consistência interna entre as escolhas.<sup>170</sup>

Em relação à construção da racionalidade econômica, e tendo em vista um comportamento maximizador de auto-interesse, pode-se considerar que tal racionalidade será deveras problemática. Inicialmente, observa-se que Gage, após o acidente, possuía a capacidade de gerir o seu auto-interesse, da forma que o concebia, além do fato de ser capaz de calcular os custos e benefícios de várias hipóteses de ações de maneira a poder maximizar o seu interesse próprio.<sup>171</sup> O comportamento de Gage depois de ser atingido pela barra de ferro pode ser caracterizado como economicamente racional, mas até que ponto essa perspectiva revela o comportamento real das pessoas?

Sendo a racionalidade nada mais do que uma aptidão para eleger os melhores meios para os fins escolhidos por um indivíduo auto-interessado que busca maximizar seus

---

<sup>169</sup> BECKER, Gary. **The Economic Way of Looking at Life**, p. 37.

<sup>170</sup> SEN, Amartya. **On Ethics and Economics**, p. 13.

<sup>171</sup> A conclusão encontra-se presente também em VAN STAVEREN, Irene. **The Values of Economics**, p. 3.

interesses<sup>172</sup>, e considerando que esta constatação é baseada no comportamento em geral das pessoas, é importante salientar algumas limitações que o modelo econômico de comportamento carrega consigo.

Devem ser destacadas, como demonstram Jolls, Sunstein e Thaler<sup>173</sup>, três ordens de limitações ignoradas pelo modelo econômico tradicional de comportamento e que certamente acabam agregando maior complexidade a esta forma ideal de ação humana. Como já referido na primeira parte, a simplicidade deste modelo é defendida por Posner no sentido de que, ao se agregar a um modelo econômico de racionalidade inúmeros fatores, tornando-o mais complexo, passa-se a ter um grau de flexibilidade tão grande que impossibilitaria a sua comprovação ou refutação através da observação empírica.<sup>174</sup> Posner busca justamente evitar tornar o seu modelo mais complexo, com o intuito de mantê-lo essencialmente científico.

A primeira limitação trata especificamente da noção de racionalidade utilizada no modelo criticado. Ela parte do pressuposto de que as pessoas possuem capacidades cognitivas sujeitas a limites. A tentativa prescritiva da abordagem de Posner ignora que possuímos memórias falhas e que nem sempre somos capazes de fazer cálculos com o aparato intelectual do qual dispomos. De certa forma, é importante considerarmos que só podemos responder racionalmente de acordo com nossas próprias limitações.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> POSNER, [...]. **Frontiers of Legal Theory**, p. 252.

<sup>173</sup> JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R.. THALER, Richard H.. **A Behavioral Approach to Law and Economics** in SUNSTEIN, Cass R.. (editor) **Behavioral Law and Economics**, Reino Unido: Cambridge, 2000.

<sup>174</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p. 17.

<sup>175</sup> JOLLS, Christine. *et al.*, *Op. cit.*, p.14.



Nesse sentido, o trabalho desenvolvido por Daniel Kahneman<sup>176</sup> demonstrou como, na maioria das vezes, um dos recursos mais utilizados pelas pessoas em seu comportamento - denominado “regras de aproximação” [*rules of thumb*] - pode conduzir a conclusões equivocadas. Essa idéia geral parte da premissa de que as pessoas comuns não agem, no seu cotidiano, de uma maneira estritamente racional como postula a teoria da racionalidade econômica defendida por Posner. Um exemplo que ilustra tal limitação ocorre quando uma pessoa presencia determinado tipo de evento (como um acidente automobilístico), e pensa que há uma probabilidade maior que esse acontecimento ocorra com ela.<sup>177</sup> Ou seja, ao contrário de conscientemente maximizar em cada situação, as pessoas utilizam “regras de aproximação” que funcionam na maioria das vezes para elas, mesmo que possam conduzir a resultados errôneos.

Uma segunda restrição ao modelo de comportamento racional em questão diz respeito a limitações que envolvem a força de vontade das pessoas. Sinteticamente, o limitador surge da verificação de que os “seres humanos, conscientemente, em muitas ocasiões, agem de maneira contrária aos seus interesses a longo prazo”.<sup>178</sup> Nesta ótica, podemos afirmar que fumantes em geral sabem dos malefícios causados pelo hábito de fumar, e que pessoas com problemas relacionados com a obesidade reconhecem a importância de uma dieta balanceada sem excesso de gorduras.<sup>179</sup> Procuramos, assim, evitar as conseqüências desastrosas de nossas ações tomando algumas precauções. Em conseqüência, uma outra forma de perceber esta limitação está no fato de que muitas leis podem ser provenientes de como percebemos a nossa força de vontade. Uma atitude mais pessimista, por exemplo, em relação a capacidade das pessoas pouparem, ao ser generalizada, pode conduzir ao apoio a leis mais

---

<sup>176</sup> Em termos mais significativos ver KAHNEMAN, Daniel. **Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment And Choice** in FRÄNGSMYR, Tore. (Org.) **Les Prix Nobel. The Nobel Prizes 2002**, Suécia: Nobel Foundation, 2003.

<sup>177</sup> JOLLS, Christine. *et al.*, *Op. cit.*, p.15.

<sup>178</sup> Idem, *ibidem*.

benéficas na área de seguridade social.<sup>180</sup> Não se fala aqui que esse tipo de atitude é o único fator a ser considerado na produção legislativa, mas apenas ressalta-se um elemento a ser considerado no processo.

A terceira restrição lida com as limitações do auto-interesse. Posner chama de “auto-interesse” a assunção a partir da qual o homem, em sua conduta, maximiza seus fins e desejos particulares. Martha Nussbaum identifica que, de acordo com essa perspectiva, o altruísmo é transformado em uma forma de egoísmo em que o ato em si é interpretado como um benefício psicológico recebido por quem o pratica.<sup>181</sup> A autora tem razão, pois Posner define altruísmo como “a condição em que o bem-estar de uma pessoa constitui uma função positiva do bem-estar de outra pessoa”.<sup>182</sup>

Um problema inicial deste tipo de argumento, contrário à possibilidade do altruísmo e centralizado na busca de uma satisfação pessoal no auto-interesse, é que ele revela um desconhecimento de que há muito já existe um contra-argumento. O ônus argumentativo de rebater o contra-argumento é desconsiderado quando se parte deste tipo de premissa. Em relação a esse fator Nussbaum esclarece:

[...] já foi sustentado ao longo da história da filosofia ocidental, começando, novamente, com Aristóteles, que argumentou que não se pode, sem ser implausível, considerar que pessoas que morrem por seus amigos ou por suas famílias o façam por satisfação, na medida em que elas estão arriscando ou abrindo mão, neste processo, de toda a possibilidade de satisfação futura. Uma teoria que se centra na satisfação, portanto, fará previsões ruins sobre o que as pessoas farão.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>180</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>181</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics** in *University of Chicago Law Review*, Vol. 64, 1997, p. 1211.

<sup>182</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p. 147

<sup>183</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics**, p. 1211.

Outro problema, relacionado a uma questão que se tratou na primeira parte deste trabalho, diz respeito ao fato de Posner entender que a maximização de riqueza não pode ser confundida com egoísmo. Não obstante o autor utilizar expressamente, em alguns momentos, a expressão maximização de riqueza e negar que seja ela um sinônimo de auto-interesse, noutros, faz uso desta última como sinônimo<sup>184</sup> Isso significa que não está excluído do âmbito racional que a felicidade ou infelicidade de uma pessoa possa até ser parte da satisfação de outra. Por outro lado, Posner imagina que somente podemos maximizar riqueza através da cooperação entre indivíduos, pois considera que uma pessoa egoísta não poderá obter riqueza ou promover o seu auto-interesse sem beneficiar, mesmo que minimamente, outra pessoa.

Percebe-se que ainda há uma espécie de egoísmo menos radical no argumento de Posner, pois ainda estaríamos na verdade buscando benefícios psicológicos internos por nossas ações exteriorizadas como altruístas. Essa explicação não dá conta do argumento aristotélico acima mencionado; contudo, para não desconsiderar por completo a sua afirmação que a maximização realizada por cada indivíduo não é sinônimo de egoísmo, poderíamos entender que não se trata de uma teoria radical sobre o que vem a ser o egoísmo. Em outras palavras, não constitui, como na definição de G. E. Moore, “uma doutrina que sustenta que devemos, cada um de nós, buscar a nossa maior felicidade como objetivo final”.<sup>185</sup> A noção de indivíduos auto-interessados, mas que cooperam entre si, tenta responder a crítica que sustenta ser o egoísta, no sentido radical acima colocado, uma pessoa incompleta que, por razões lógicas, não teria como se relacionar de maneira instrumental com as outras pessoas.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> POSNER, [...]. **Economic Analysis of Law**, p 3.

<sup>185</sup> MOORE, G. E. **Principia Ethica**. Reino Unido: Cambridge University, 1903, p. 76.

<sup>186</sup> Para uma versão aprofundada deste argumento, que entendo ser seguido em parte por Posner, ver GAUTHIER, David. **The Incomplete Egoist** in Tanner Lectures in Human Values, EUA: University of Utah, 1984, p. 67 ss.

Ainda para outro tipo de argumento, o auto-interesse encontra uma limitação no fato das pessoas, mesmo em um contexto explicitamente de mercado, desejarem ser tratadas de maneira justa e buscarem agir com as outras pessoas desta maneira, se assim estiverem sendo tratadas. Em essência, seríamos pessoas muito melhores do que assume o modelo seguido por Posner.

Retomando o diagnóstico de Amartya Sen acerca dos dois métodos de identificação da racionalidade econômica, é importante lembrar aqui que, para ambos os mentores da *law and economics*, o comportamento humano busca olhar para frente e é consistente também no tempo. Nesse aspecto, a advertência de Sen acerca da fragilidade desta segunda característica é clara quando nos pede para considerarmos o exemplo de uma pessoa que venha a fazer justamente o contrário daquilo que a ajudaria a obter o que ela deseja, e realizasse isso com uma imaculada consistência interna. Essa pessoa, segundo Sen, não poderia ser considerada racional.<sup>187</sup>

De fato, a idéia aqui consiste na impossibilidade da escolha racional estar insulada de alguma relação entre o que se tenta obter e como se busca obtê-lo.<sup>188</sup> Ou seja, a consistência interna nas escolhas, ao focalizar unicamente os meios empregados, não é uma garantia que a pessoa irá maximizar o seu auto-interesse, pois poderá perfeitamente haver uma mera consistência de escolhas erradas.

Deve-se notar aqui que sob o aspecto da consistência, a conduta de Gage poderia ser também considerada racional após o acidente, na medida em que havia consistência no

---

<sup>187</sup> SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>188</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

erro.<sup>189</sup> Não sendo necessário, portanto, refletir sobre a correspondência das escolhas de Gage com os seus objetivos, mesmo que suas ações desastrosas reflitam de maneira danosa ao seu bem-estar, não se pode considerá-lo irracional.

Os argumentos acima foram estabelecidos no sentido de demonstrar, ainda que brevemente, que a pessoa racional pensada por Posner, com a proposta de ser um modelo científico capaz de explicar e prever o comportamento humano, acaba equivocando-se justamente no que considera ser sua maior virtude: a simplicidade. A pretensão, sob certa maneira, não é novidade para o mundo jurídico. A busca de um método científico puro capaz de explicar o fenômeno jurídico objetivamente é foi a principal meta traçada por Hans Kelsen em seu estudo principal: “Teoria Pura do Direito”.<sup>190</sup> Os problemas humanos e, conseqüentemente, os que o direito terá que enfrentar, exigem uma visão mais complexa da vida, um aparato que modelos mais simples não poderão fornecer.

### 1.3 Racionalidade econômica e superação do direito

Posner, ao buscar superar o direito com a utilização da economia, ignora que aquele possui uma outra forma de abordar a ação humana, uma outra espécie de racionalidade. Por um lado, isso se deve ao fato que existe uma pretensão de identificar o comportamento real com o comportamento racional econômico. Se o comportamento real é um comportamento racional e se este é um comportamento de natureza econômica, faria mesmo mais sentido para o direito ser superado pela economia. Dessa forma, o raciocínio jurídico, mesmo possuindo

---

<sup>189</sup> DAMASIO, Antonio. *Op. cit.*, *passim*.

<sup>190</sup> Veja-se o seguinte trecho do prefácio à segunda edição da Teoria Pura do Direito: “Agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 14.

uma inegável dimensão prática, poderia ser melhor desenvolvido para o seu fim, a eficiência, caso passasse a incorporar a racionalidade econômica. Uma das falhas constadas por Posner na tradição jurídica e nos seus precedentes, leis e princípios, é o apego demasiado ao passado, enquanto a abordagem econômica preocupa-se fundamentalmente com o futuro.

Especificamente quanto ao problema indicado por Posner que o direito possui uma espécie de estima com o passado, é lícito indagar se isso na verdade constitui uma prática conservadora no sentido de resistência a mudanças.<sup>191</sup> O direito possui inegavelmente uma tradição milenar. Esse contexto é de muita valia aos juristas na resolução de casos concretos, pois, como bem explica Gordley, “se os problemas que os juristas confrontaram-se no passado são como os atuais, nós devemos aprender com eles também”.<sup>192</sup> Ou seja, por que não seria relevante estudar como os juristas do passado solucionaram problemas similares? Posner, além de dizer que essa atitude conservadora não permite mudanças, não esclarece outros motivos. Pelo que se percebe, o que Posner denomina de vínculo afetivo com o passado parece ser apenas uma irresignação com uma grande parcela do atual sistema de fontes do direito.

O fato do jurista consultar fontes do passado, quer sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, não significa, como Posner nos leva a crer, que exista um culto do pretérito, um tradicionalismo que impera no direito. Isso porque, dependendo do caso, como adverte Gordley, “o trabalho de outros juristas poderá ser ou não útil para nós”<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> POSNER, Richard. A. **The Problems of Jurisprudence**, p. 443.

<sup>192</sup> GORDLEY, James. **Why Look Backward** in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, 2002, p. 657.

<sup>193</sup> Idem, *ibidem*, p. 658.

Por outro lado, a atitude admirada e proposta como solução por Posner à afeição ao passado, o pragmatismo<sup>194</sup>, visto como uma abordagem que melhorará significativamente o direito, em razão do seu foco nos fatos, conseqüências e no futuro, não é o monopólio de uma melhor busca deste último elemento. Nesse ponto, a história do direito nos ensina que há inúmeras possibilidades com as quais o jurista volta seus olhos para o passado. De acordo com o diagnóstico de Lima Lopes, este olhar é lançado “para buscar restauração, ou para buscar o futuro mesmo”.<sup>195</sup> Desse modo, o mero apego ao passado poderá ter uma proposta justamente contrária à manutenção do *status quo*, pois, utilizando ainda a reflexão de Lima Lopes “uma história crítica mostra que as coisas foram diferentes do que são e podem ser no futuro também muito diferentes”.<sup>196</sup>

Uma visão voltada para o passado pode ainda ter um benefício de natureza dialética, no sentido aristotélico do termo. Martha Nussbaum explica que Aristóteles identificou a possibilidade de avanço conceitual no pensamento quando analisamos todos os bons e maus argumentos que os nossos antecessores realizaram, evocando que o aprendizado seria significativo, pois, “mais ainda, seremos capazes de não cometer os mesmos erros” para “talvez, fazermos um pequeno progresso além deles”.<sup>197</sup>

A referência utilizada por Nussbaum de Aristóteles é a seguinte:

Algumas destas opiniões vêm sendo sustentadas por muitas pessoas há muito tempo e outras por poucas pessoas eminentes. Não é razoável supor que todas elas estejam completamente equivocadas, pois é plausível que elas estejam certas ao menos quanto a alguns dos pontos ou quanto a maior parte deles.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> POSNER, [...]. **Law, Pragmatism and Democracy**, pp. 1-3.

<sup>195</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 17.

<sup>196</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito [...]**, p. 20.

<sup>197</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. *Op. cit.*, p. 1214.

<sup>198</sup> ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**. Espanha: Gredos, 1985, em 1098b 28-30.

O verdadeiro problema, de certa forma, é ignorado por Posner, pois, ao considerar a eventual incompatibilidade do raciocínio jurídico tradicional, da maneira como o percebe, com o econômico, a solução apresentada implica na incorporação da racionalidade econômica e de outros dos seus pressupostos ao direito. Esta resolução pode parecer bem plausível para alguém que postule que o método econômico seja estendido a todas as ciências sociais.

Acerca deste tipo de pretensão, Lima Lopes corretamente diagnostica que

é certo que a racionalização pressuposta no tipo ideal da economia pode levar a várias conseqüências propriamente práticas, especialmente se o raciocínio econômico for tomado como tipo-ideal de todo o raciocínio prático, sem ressalvas. Pode-se, por exemplo, tratar os casos de não-conformidade com a racionalidade custo-benefício, como casos de irracionalidade. [...] Haverá aí uma colonização de toda a racionalidade por apenas um dos sentidos possíveis da razão. [...] Neste momento, a ‘economia’ estaria desempenhando um papel realmente moral, pois desqualificaria outros motivos para a ação.<sup>199</sup>

Para descrever esse tipo de pretensão, utiliza-se aqui a expressão de Tyler Cowen, “Imperialismo Econômico” [*Economic Imperialism*].<sup>200</sup> Esse “Imperialismo Econômico” acaba por não conferir a devida importância a elementos centrais do raciocínio jurídico como considerações políticas e morais ou a própria idéia de seguir uma Constituição, pois são vistos como meros empecilhos para a racionalidade econômica. Nas palavras de Posner, o direito somente começou a fazer sentido para ele, a partir do momento em que a economia revelou a existência de uma profunda estrutura, dotada de uma considerável coerência, no pensamento jurídico.

A incompatibilidade, no entanto, não deve ser considerada tão extremada assim. Isso não significa considerar o direito somente através do viés econômico de Posner. A

---

<sup>199</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio Jurídico e Economia**, in Revista de Direito Público da Economia, ano 2, nº 8, out/dez 2004, p. 144.

<sup>200</sup> COWEN, Tyler. **How do Economists Think About Rationality** in BYRON, Michael. (editor) **Satisficing and Maximizing – Moral Theorists on Practical Reason**, Reino Unido: Cambridge University, 2004, p. 228.



interpretação de Lima Lopes, no sentido de perceber a economia como detentora de um caráter prático e que seus raciocínios já ofereceram ao direito muitas soluções que os juristas continuam a aplicar, demonstra que defesas intransigentes de direitos muitas vezes não auxiliam em nada a resolução de conflitos.<sup>201</sup>

Lima Lopes reconhece que a economia converte todas as condutas em seus próprios termos e constrói um critério de comensurabilidade e de quantificação. Com isto, a economia analisa esta forma específica de conduta, como se fosse tomada integralmente a sério e destinada a um só propósito, sem perturbação alguma de erros ou emoções e dirigida a um fim exclusivo, o fim econômico. Não obstante estas considerações, Lima Lopes irá referir que em casos relacionados a conflitos distributivos, fora da perspectiva comutativa, muitas vezes será necessário ao jurista a utilização do aparato conceitual econômico. Esse autor destaca os exemplos da falência, os alimentos, a guarda de crianças, o direito processual, quando admite no art. 620 do código de processo civil que, na execução das dívidas, o juiz procure a maneira menos custosa para o devedor, o art. 244 do referido código dispõe-se que a anulação dos atos processuais deve levar em conta os prejuízos que isso pode causar para o processo. Nas hipóteses elencadas acima, o cálculo de custo/benefício é essencial, sob diversas maneiras, na aplicação do direito. Ao realizar a distribuição, portanto, deve-se considerar a complexidade que as relações de mercado podem introduzir na realidade. O ponto de vista do direito, assim, necessita buscar uma articulação na contribuição que a economia pode dar aos juristas.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio Jurídico e Economia**, p. 138.

<sup>202</sup> Idem, *ibidem*, pp. 153 ss.

## 2. O que está fora do mercado?

“Existem coisas que o dinheiro não compra? Minha resposta: infelizmente, cada vez menos. Hoje em dia, os mercados e as suas práticas estão estendendo o seu alcance para quase todas as esferas da vida”.

Michael Sandel<sup>203</sup>

Há um comprometimento muito grande na visão de Posner da *law and economics* com a idéia de comensurabilidade dos fins perseguidos pelas pessoas, ou seja, por mais que possam ser visualizados inúmeros objetivos a serem buscados, a noção que todas as pessoas são maximizadoras de riqueza nos leva a entender que todas as opções de escolhas terão em comum a perspectiva da riqueza.

Foi mencionado anteriormente neste trabalho que, para o tipo de eficiência utilizado por Posner, a riqueza a ser maximizada é concebida como o valor de qualquer coisa em uma sociedade expresso através de dinheiro.<sup>204</sup> Esta tese é possível, nos termos esboçados na primeira parte, em razão de Posner adotar como conceito de eficiência a formulação de Kaldor-Hicks, em que há uma mudança da idéia de “satisfação de uma preferência”, observada na “Eficiência Pareto”, para o valor monetário ou, simplesmente, “riqueza” como critério avaliativo da “Eficiência Kaldor-Hicks”.

Poder-se-ia afirmar que, buscando em um valor monetário o critério de avaliação da “Eficiência Kaldor-Hicks”, Posner determina que a justiça a ser seguida pelo direito terá que

---

<sup>203</sup> SANDEL, Michael. **What Money Can't Buy** in “The Tanner Lectures on Human Values”, EUA: University of Utah, 1998, p. 90.

considerar um contexto de mercado. Esta afirmação, contudo, não responde a pergunta: até que ponto uma “situação de mercado” deverá ser considerada no direito? Há aqui, no mínimo, duas considerações a ser feitas. De qualquer maneira, pode-se adiantar que ambas conduzirão a mesma conclusão, ou seja, o mercado deverá ser sempre considerado. A primeira observação a ser feita diz respeito ao fato que a eficiência seguida por Posner, ao ser utilizada, acaba por incluir, invariavelmente, o meio de troca mais utilizado no mercado: o dinheiro. Adiante neste capítulo será abordada especificamente a questão relativa ao uso do dinheiro como critério de comensurabilidade, mas, por enquanto, a afirmação está limitada à conclusão que esta eficiência impõe sempre um ambiente de mercado.

Uma segunda reflexão indica que devemos levar em conta no pensamento de Posner que o direito necessita ser superado e para tanto deve livrar-se dos dilemas morais inconciliáveis de nossos tempos. Pautar-se, portanto, pela noção de eficiência resolve esse problema e confere maior objetividade ao direito. Nesse sentido, o argumento daqui em diante segue o caminho do primeiro. A neutralidade da aplicação prática da eficiência no raciocínio jurídico acabará tendo sempre que tomar consideração questões mercadológicas.

Um dos exemplos que podem ser trazidos para comprovar a conclusão acima é o da análise de Posner da questão relativa à clonagem humana.<sup>205</sup> Diante de toda discussão acerca da clonagem humana, Posner inicia o seu argumento reconhecendo que existe uma polêmica muito grande envolvendo o assunto. Esta polêmica constitui um reflexo da premissa principal de Posner para entender o que está em jogo no debate, ou seja, a controvérsia é indicativa da

---

<sup>204</sup> POSNER, [...]. **The Economics of Justice**, p. 60.

<sup>205</sup> POSNER, Richard A., POSNER, Eric. **La Demanda de Clonación Humana** in NUSSBAUM, Martha Craven. SUNSTEIN, Cass R. (editor) **Clones y Clones**, Espanha: Cátedra, 2000.

existência de uma demanda para a clonagem.<sup>206</sup> Se a demanda não existisse, segundo Posner, não haveria razão para discutir o tema:

Visto de maneira mais realista, se a demanda fosse pequena ou limitada a situações que não provocassem tamanha inquietude nas pessoas que se preocupam com a clonagem humana, não haveria nenhuma razão para se incorrer nos incômodos e custos de proibi-la por temor de conseqüências sociais monstruosas.

Após discorrer sobre inúmeras projeções matemáticas que podem contribuir para entender a possível demanda para a clonagem, Posner irá concluir que os cálculos relativos acerca desta questão são impossíveis de serem feitos ou estimados, mas a simples análise do tema sobre esta perspectiva, tem o poder de conferir uma base racional para a discussão, em um contexto em que os argumentos envolvem questões religiosas e emocionais.<sup>207</sup>

Como no exemplo acima explicitado, Posner irá entender que os debates devem ser mediados por princípios mercadológicos. Uma das razões apontadas por ele é a neutralidade. O tratamento outorgado por Posner à questão da clonagem humana reconstrói, de certa maneira, o mundo em que vivemos.

Não obstante os argumentos de Posner, há, sem dúvida, inegáveis vantagens no sistema do mercado. Uma delas, talvez a principal, é apresentada por Zenon Bańkowski quando entende que “o mercado é o sistema mais eficiente de comunicação de informações, na forma de preços”.<sup>208</sup> A reflexão desse autor demonstra que um sistema que se estruturou, substancialmente, com base nas necessidades das pessoas e que realiza esta comunicação de maneira muito eficaz ao longo da história não pode ser considerado algo intrinsecamente ruim.

---

<sup>206</sup> POSNER, [...], *et al.*, **La Demanda de Clonación Humana**, p. 223.

Deste modo e propondo-se a não negar a relevância do mercado na vida dos seres humanos, passa-se a analisar duas ordens de hipóteses limitadoras de sua lógica. A primeira trata de casos em que é a lógica da eficiência é excluída por tratar como mercadorias bens ou serviços que não possuem essa qualidade. A outra dirá respeito a um aspecto interno ao mercado verificando o sério problema de considerar-se comensuráveis, através do dinheiro, todos os bens.

## 2.1 Mercadorias contestadas<sup>209</sup>

Independentemente da importância do mercado em nossas vidas, não se pode excluir o fato que, metaforicamente, “o mercado é uma zona da cidade e não a cidade toda”.<sup>210</sup> Seguindo essa linha de argumentação, o fato de tratarmos alguns bens ou práticas como mercadorias poderá ocasionar-lhes um efeito degradante.<sup>211</sup> Em face disso, Michael Sandel acerta ao concluir que essa questão não pode simplesmente ser resolvida com a busca de igualdade de condições no mercado, pois ocorria uma degradação intrínseca na venda de, *e.g.*, partes do corpo, não fazendo diferença nesse caso a condição social das pessoas envolvidas.<sup>212</sup>

Frente a este cenário, cabe indagar quais seriam os limites da eficiência e, por conseguinte, do mercado. Não se trata simplesmente de sustentar que deve haver uma proibição jurídica para determinados bens ou serviços, mas apenas considerar uma série de exemplos em que essa absoluta autonomia do mercado torna-se relativa.

---

<sup>207</sup> Idem, *ibidem*, p. 245.

<sup>208</sup> BAŃKOWSKI, Zenon. **Living Lawfully**. Holanda: Kluwer, 2002, p. 83.

<sup>209</sup> Tradução da expressão inglesa *contested commodities* utilizada por Michael Sandel no artigo citado *supra*.

<sup>210</sup> WALZER, Michael. **Spheres of Justice**. EUA: Basic Books, 1983, p. 109.

<sup>211</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>212</sup> Idem, *ibidem*.

O ponto aqui diz respeito ao que não pode ser considerado como uma espécie de mercadoria, ou seja, sugerir quando não faz sentido utilizar os princípios do mercado. É conveniente esclarecer aqui que não se buscou traçar um caminho de universalização de uma forma que se entenda correta de agir para expor os exemplos das “mercadorias contestadas” tratadas abaixo. As hipóteses levantadas cingem-se às premissas até então apresentadas, a saber: a eficiência e o mercado não englobam todas as relações humanas e, por isso, não dão soluções satisfatórias a várias situações; há momentos em que precisamos de princípios não mercadológicos sob pena de produzirmos um efeito degradante nas relações.

Nesta ótica, passa-se a tratar de uma série de motivações que justificam a compreensão acima esboçada. A lista de “mercadorias contestadas” abaixo segue as sugestões compartilhadas com os filósofos do direito Michael Walzer, Michael Sandel e Zenon Bańkowski. Apesar de terem sido pensadas para as sociedades norte-americana e inglesa, pretende-se argumentar que seria perfeitamente razoável aceitá-las em nossa sociedade.<sup>213</sup>

Em primeiro lugar, seres humanos não podem ser vendidos ou comprados, direta ou indiretamente, como é o caso do Brasil no problema do trabalho escravo. O poder político também não pode ser comprado e vendido. Walzer destaca, nesse sentido, que os membros de uma sociedade com direito a voto não podem vendê-los e tampouco os representantes eleitos podem vender seus votos ou sua iniciativa legislativa, pois uma verdadeira república tende a não admitir estas condutas.<sup>214</sup>

Deve ser levado em conta, igualmente, que qualificações profissionais como, por exemplo, a advocacia e as das áreas médicas não podem ser adquiridas unicamente com o

---

<sup>213</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.* e WALZER, Michael, *Op. cit.*

<sup>214</sup> WALZER, Michael. *Op. cit.*, p. 100.

pagamento em dinheiro. Nessas hipóteses não se pode negar o fato que deve haver um necessário estudo e avaliações que devem preceder estas qualificações.<sup>215</sup>

O sistema penal, por sua vez, não pode estar no mercado. Nesse aspecto, decisões judiciais e jurados não podem estar à venda. Walzer expõe que no âmbito penal o próprio direito à defesa não pode ser sujeito ao mercado, na medida em que cumpre ao Estado fornecer gratuitamente, na impossibilidade do réu arcar com os custos, um defensor.<sup>216</sup> Pode-se destacar também que no Brasil a ação de *habeas corpus* será gratuita com o intuito de garantir o direito à liberdade. Ainda no âmbito penal, não se pode pensar que no mercado possamos impunemente adquirir ou vender serviços de assassinatos, remédios adulterados ou não oficialmente aprovados e substâncias entorpecentes ilícitas.

Da mesma forma, não se pode exigir pagamento para o exercício das liberdades de expressão, religiosa, imprensa e de reunião. Mesmo que se admita que há custos que o Estado irá incorrer para garantir essas liberdades e que existem restrições orçamentárias intransponíveis ao administrador,<sup>217</sup> uma teoria que leve em consideração unicamente os “custos dos direitos” tende a desconsiderar as diferenças entre estes, tratando-os como se fossem apenas questões orçamentárias. Além disso, essa perspectiva, se for radical, recairá nos problemas de incomensurabilidade que serão adiante abordados neste capítulo.

As pessoas legalmente capazes não poderão comprar uma licença para a prática de poligamia e terem vários esposas ou esposos. Outro exemplo diz respeito a quem é imputado um dever de serviço militar não poder eximir-se da obrigação mediante pagamento de uma

---

<sup>215</sup> Idem, *ibidem*, p. 101.

<sup>216</sup> WALZER, Michael. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>217</sup> Nesse sentido ver HOLMES, Stephen *et al.*, **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. EUA: W. W. Norton & Company, 2000.

quantia em dinheiro. A segurança pública, por sua vez, constitui um bom exemplo de um serviço que não pode ser colocado à venda aos cidadãos.

A amizade e o amor não podem ser comprados. Nesse aspecto, no sentido mais comum que entendemos esses dois sentimentos, eles estarão excluídos do mercado. Walzer ressalta que o fato de podermos adquirir bens de consumo que nos tornem melhores candidatos ao amor e à amizade, não é capaz de possibilitar a sua aquisição.<sup>218</sup>

Há um exemplo em que a exclusão não pode ser total, constituindo uma zona nebulosa. Zenon Bańkowski refere que a relação médico-paciente teria sérias implicações caso o sistema de saúde fosse unicamente baseado no mercado. Por um lado, existe o problema central da mudança de perspectiva gerada pelo fato do paciente passar a ser apenas um cliente. Bańkowski, contudo, lembra que um sistema de saúde sem mercado irá conferir um poder imenso ao médico, na medida em que se perde, essencialmente, o principal aspecto positivo do mercado consolidado na comunicação de necessidades.<sup>219</sup>

## **2.2. Comensurabilidade e simplificação**

Até esta parte foi examinada a possibilidade de alguns bens ou serviços não poderem ser transformados em mercadorias, sob pena de degradação. Expressões como “tudo tem o seu preço” tornaram-se verdadeiros dogmas em nossa sociedade e a eficiência que tem, sob uma forma mais elaborada, idêntico ponto de partida terá um terreno fértil para se desenvolver. A reflexão desenvolvida por permitir a conclusão que nem tudo tem um preço

---

<sup>218</sup> WALZER, Michael. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>219</sup> BAŃKOWSKI, Zenon. *Op. cit.*, p.106.



monetário que possa ser utilizado no mercado e que o esquecimento desta impossibilidade não vem, na verdade, sem um preço.

A noção central da tese de Posner acerca da eficiência indica que todos os fins e bens são comensuráveis, podendo ser convertidos em termos monetários. Este tipo de assunção, que todos os bens ou serviços são comensuráveis, podendo ser considerados sem qualquer tipo de perda para uma única unidade de medida, é muito comum não apenas no pensamento de Posner, mas em todos aqueles que vêem o mundo sob a ótica apenas do mercado.<sup>220</sup> Martha Nussbaum lembra que a comensurabilidade, por trazer uma “unicidade e externalidade ao final que promete tornar todos procedimentos de escolha claros e simples” nos permite “calcular, em cada situação, a quantidade de um único valor e maximizá-lo, eliminando a incerteza sobre o que deve contar como boa atividade”.<sup>221</sup> Portanto, é legítimo concluir-se que o apelo da comensurabilidade pode ser tentador ao jurista, pois muitas vezes os casos que ele pode vir a se deparar apresentam justamente conflitos inconciliáveis por uma única medida. Dita de outra maneira, esta formulação irá permitir que todos os fins possíveis de uma ação possam ser observados como quantidades diferentes de uma coisa única, facilitando, assim, a eliminação de problemas.<sup>222</sup>

A idéia que o dinheiro, por ser uma medida comum para todas as coisas, possa ser o elemento que torna coisas distintas comensuráveis não é nova. Aristóteles, ao tratar desta questão, considerou que “o dinheiro, então, agindo como uma medida, torna os bens comensuráveis (...) deve existir, portanto, uma unidade (...) pois é isso que torna todas as coisa comensuráveis, tendo em vista que todas as coisas são medidas pelo dinheiro”.<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>221</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **The Fragility of Goodness**. 2ª ed., Reino Unido: Cambridge University, 2001, pp. 108-109.

<sup>222</sup> Idem, *ibidem*, p. 109.

<sup>223</sup> ARISTÓTELES. **Nichomachean Ethics**, 1133 b16.

Há um problema na idéia acima. Aristóteles percebeu que o dinheiro, por si só não gera a comensurabilidade entre duas coisas. Antes de destacar especificamente o problema em si, deve-se esclarecer que essa percepção decorre da análise desenvolvida por Aristóteles no Livro 5, V, da “Ética a Nicomaco” acerca da justiça nas trocas, mais precisamente no valor de troca. O capítulo V do Livro 5 é considerado como o núcleo da visão econômica aristotélica por formular as noções principais de valor de uso e valor de troca.<sup>224</sup>

O valor de uso de uma coisa corresponde a qualidade de um bem e o valor de troca constitui a quantidade que um bem se expressa como instrumento de troca. Aristóteles nos diz que quando pensamos no valor de troca de coisas diferentes entre si, nos deparamos com a questão da comensurabilidade. Nesse sentido, essa questão surge da busca pela reciprocidade na proporção. Ou seja, o problema consiste em responder à seguinte pergunta: quantos sapatos valem uma casa ou quantas camas valem uma casa? Se considerarmos esses bens como diferentes entre si, como podemos colocá-los na equação “5 camas = 1 casa = X sapatos”? A solução seria encontrar uma igualdade na proporção, pois, como salienta Scott Meikle, “se uma certa quantidade de um produto deve ter uma relação de igualdade com a quantidade de outro, então, ambos devem ser comparáveis de alguma maneira”.<sup>225</sup> Nesse aspecto, o primeiro fator a ser pensado por Aristóteles para resolver este problema será o dinheiro, nos termos já destacados.

Diante disto, Meikle considera que Aristóteles entendeu que “simplesmente estabelecer-se uma medida não constitui, por si apenas, uma garantia que se cria

---

<sup>224</sup> MEIKLE, Scott. **Aristotle Economic Thought**. Reino Unido: Clarendon, 1995, *passim*.

<sup>225</sup> MEIKLE, Scott. *Op. cit.*, p. 12.

comensurabilidade entre coisas que são entre si incomensuráveis”.<sup>226</sup> Não se pode negar que ao medir algo, estamos pressupondo a existência de uma comensurabilidade. Segundo o argumento de Meikle, Aristóteles constatou que deveria existir uma propriedade prévia comum entre as duas coisas para que fosse possível realizar a medição, ou seja, sem medida, não há medição.<sup>227</sup>

O dinheiro, portanto, não é capaz de criar comensurabilidade porque não há diferença lógica entre “5 camas = 1 casa” e “5 camas = X em dinheiro”. Usar o dinheiro como medida, como demonstram as relações matemáticas acima, não significa que este tem a capacidade de criar a propriedade a ser medida, ou seja, ser a medida da medida. O dinheiro é apenas, por convenção, uma espécie de representante da dimensão necessidade (*chreia*) social. Ele existe porque assim foi deliberado e não por natureza, portanto, se a pólis desejar, pode ser mudado ou tornado inútil. Meikle irá considerar que subjaz, portanto, a esta constatação aristotélica que

[...] a possibilidade de medição não pressupõe unicamente a comensurabilidade, mas exige que esta seja considerada justamente na dimensão em que a medição deve ser feita. Aristóteles diz que ‘a medida é sempre homogênea em relação à coisa a ser medida; a medida de magnitudes espaciais é uma magnitude espacial e, em particular, a medida de distâncias é uma distância, das larguras é uma largura, dos sons articulados é um som articulado, dos pesos é um peso, das unidades é uma unidade (Met., I, 1053a24 ff)’. Uma medida não cria a propriedade em que as coisas serão medidas. Medidas de distância não criam extensões espaciais.<sup>228</sup>

Não obstante a esta dificuldade, Aristóteles tentará considerar o dinheiro como medida da dimensão necessidade, afinal, é “o fator que mantém a união da pólis”. A razão de Aristóteles não levar em conta apenas a necessidade como o elemento capaz de tornar

---

<sup>226</sup> MEIKLE, Scott. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>227</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>228</sup> Idem, *ibidem*, pp. 22-23.

produtos diferentes iguais é o fato desta não ter uma unidade. Em razão deste problema, o dinheiro passaria a ser uma medida de uma dimensão comum, aliado à idéia de necessidade.

Aristóteles, no entanto, irá também excluir essa possibilidade ao considerar que “na verdade, é impossível que coisas tão diferentes entre si se tornem perfeitamente comensuráveis, mas no que diz respeito à necessidade elas podem tornar-se suficientemente comensuráveis”.<sup>229</sup>

Apesar de parte dos interpretadores de Aristóteles entenderem que o filósofo encontrou a solução ao considerar que o dinheiro, aliado à noção de demanda, torna comensuráveis coisas diferentes para fins meramente práticos, na opinião de Meikle essa não é uma conclusão acertada. A sua divergência alerta para o fato de Aristóteles encerrar a sua análise concluindo que casas, camas, comida e sapatos não podem, sob nenhuma hipótese, ser comensuráveis entre si.<sup>230</sup>

Nesta espécie de erro incorreram, principalmente, os adeptos de teorias consequencialistas como é o caso da visão de Posner sobre a eficiência, ao entenderem a noção de *chreia* como demanda e, a partir disto, considerá-la sinônimo de utilidade. Percebe-se que postular uma simplificação da realidade, desconsiderando o fato que os bens no mercado podem não ser homogêneos, é realmente um dos objetivos de pensar o Direito em termos de eficiência. Tem razão, assim, Bernard Williams ao sintetizar que

O princípio da substitutividade das satisfações é básico nos cálculos de utilidade e aparece, por exemplo, de maneira muito evidente, no teste de compensação [da eficiência] **Kaldor-Hicks** (...) Dificilmente isto poderia ser uma objeção à economia, enquanto economia: que essa questão trata de dinheiro.<sup>231</sup> (grifado)

<sup>229</sup> ARISTÓTELES, *Op. cit.*, 1133b19-20.

<sup>230</sup> MEIKLE, Scott. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>231</sup> SMART, J. J., WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism: for and against**, pp. 144-145.

De todo o modo, pretendeu-se demonstrar que há problemas na tentativa de tornar os bens, essencialmente diferentes, comensuráveis através de uma única medida. Uma perspectiva idealizada do que significa realmente o mercado e dos seus potenciais, pode conduzir a resultados que violem as outras dimensões deixadas de lado. Esta é também uma das razões para não se considerar que a eficiência seja o único padrão de decisão social.

Conceber a eficiência como um elemento neutro capaz de estar acima de outros critérios, inclusive das discussões que dividem a sociedade, constitui uma maneira de perceber o mundo como um cenário em que princípios contraditórios podem ser anulados uns pelos outros. Seria mais profícuo entender, como Bańkowski, que, ao contrário,

[...] a vida social e suas instituições são baseadas em uma mistura de princípios que estão sempre em tensão uns com os outros. Instituições sociais específicas resolverão as tensões de maneiras diversas. Elas irão balancear os princípios de formas particulares em diferentes situações concretas. Isto, contudo, não será um acordo no sentido de que mais de alguma coisa significará menos de outra [...] Os problemas de escolha que surgem da vida política não serão suscetíveis de redução a um único princípio ou qualquer outro.<sup>232</sup>

---

<sup>232</sup> BAŃKOWSKI, Zenon. *Op. cit.*, p.107.

### 3. Uma filosofia moral dissimulada?

“As pessoas, em geral, não buscam seguir os modos de seus ancestrais, mas o Bem”.

Aristóteles<sup>233</sup>

Posner busca combater a “filosofia moral”, ou seja, a pretensão daqueles que buscam produzir argumentos de estilo acadêmico sobre os nossos deveres em relação ao que está no mundo e a Deus. A justificativa desta empreitada centra-se na impossibilidade de um argumento moral alterar o comportamento e as crenças das pessoas. A moral, no sentido atribuído por Posner, é sempre um fenômeno local e não universal, pois os deveres para com os outros variam entre as sociedades. Nesse sentido, o problema para Posner não está na moral em si, mas na idéia que a moral possa ser teorizada pela filosofia acadêmica a ponto de poder influir na conduta individual.

Cabe lembrar que Posner sintetiza a sua posição em termos morais dizendo-se partidário de uma versão do relativismo moral e que rejeita um particularismo moral ambicioso. Além disso, aceita a capacidade descritiva apurada do pluralismo moral e concorda com versões menos radicais do subjetivismo moral, do ceticismo moral e do não-cognitivismo.<sup>234</sup> O sincretismo moral de Posner é sintetizado por ele como oposto “ao realismo moral metafísico e das ‘respostas corretas’ e também à teoria do direito natural”, não importando qual versão dessa última.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> ARISTÓTELES. *Politics*, 1269a3-4 in BARNES, Jonathan (editor). *The Complete Works of Aristotle*, Vols. I & II. Estados Unidos da América: Princeton University, 1995.

<sup>234</sup> POSNER, [...]. *The Problems of Jurisprudence*, p. 12.

<sup>235</sup> Idem, *ibidem*, p. 12.

Não obstante os problemas que possam ser encontrados no sincretismo moral de Posner, procura-se agora tratar apenas do que, segundo suas palavras, é o seu alvo: a “filosofia moral” como um todo. Na verdade, Posner não fornece nenhuma premissa para que se possa entender como chegou à definição de que a “filosofia moral” seria um conjunto de argumentos de estilo acadêmico que são formulados com o objetivo de alterar um comportamento ou uma crença moral de uma pessoa. Dworkin argumenta que Posner parece desconhecer que uma teorização sobre uma questão moral é utilizada como uma tentativa de “explicar nossas convicções de maneira que fique demonstrada a existência de uma reflexão, de sinceridade e coerência, mesmo quando não temos nenhuma esperança que vamos converter as outras as nossas convicções.”<sup>236</sup> Nesse aspecto, Posner acaba por esquecer “tanto a complexidade dos motivos que animam o raciocínio moral quanto a complexidade da interação entre reflexão e convicção como fenômenos morais”.<sup>237</sup>

Percebe-se, no entanto, que Posner apenas expõe o seu diagnóstico a respeito da suposta pretensão da “filosofia moral”, afirmando que ela busca algo impossível. Posner justifica esta impossibilidade através da tese do filósofo Alasdair MacIntyre que na modernidade os debates morais tornaram-se incomensuráveis, pois não se pode apelar a uma moral que sirva como critério padrão. Neste caso, pode-se entender que o projeto de Posner busca construir um critério comensurável desvinculado da noção de moral para a resolução dos debates desta natureza. O critério de Posner é a idéia de riqueza econômica.

Todavia, quando são elaborados diversos conceitos e fundamentos, como racionalidade econômica, eficiência, superação do direito e insuficiência de algumas teorias da justiça, em favor da realização de uma determinada noção de bem, a riqueza econômica, pode-se afirmar que Posner está gradualmente produzindo conceitos e fundamentos morais.

---

<sup>236</sup> DWORKIN, Ronald. **Darwin's New Bulldog**, in Harvard Law Review nº 111, maio de 1998, p. 1723.

Nesse sentido, ao teorizar sobre essa noção de bem, Posner está formulando uma “filosofia moral” própria. Deve-se considerar também que o conceito de racionalidade sustentado por Posner para justificar a riqueza como bem a ser maximizado, na medida que pretende “desqualificar outros motivos para a ação” e desempenhar o papel de “tipo-ideal de todo o raciocínio prático, sem ressalvas” passa a assumir um caráter nitidamente moral.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Idem, *ibidem*, p. 1724.

<sup>238</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio Jurídico e Economia**, p. 144.



#### 4. O mundo necessita ser refeito?

“Descobrimos que vivemos no mundo descrito por Aristóteles; que compartilhamos, ao mesmo tempo, um profundo desejo por um mundo mais simples e puro. O argumento aristotélico, contudo, (...) nos lembra que não atingimos pureza ou simplicidade sem uma perda da riqueza e completude da vida – uma perda, argumenta-se, de valor intrínseco”.

Martha Craven Nussbaum<sup>239</sup>

Louis Dumont considera que a modernidade é testemunha do surgimento de uma nova maneira de entender os fenômenos humanos e de uma delimitação de um campo separado “que evocamos corretamente pelas palavras economia, econômico”.<sup>240</sup> A verdade é que a modernidade presenciou a constituição da economia como um campo separado da ética e da política, baseada em uma visão “engenheira” do fenômeno econômico, usando a expressão de Amartya Sen.

De todo o modo, a percepção econômica “engenheira”, evocada por alguns na modernidade, não pode redundar simplesmente em um isolamento do direito, a pretexto de uma suposta autonomia em relação a outros campos, de considerações econômicas. Este tipo de projeto não pode servir de resposta ao crescimento da economia para outros campos das ciências sociais, pois uma das características do direito nos tempos atuais consiste no fato de agregar em suas relações princípios de diversos campos, na medida em que se encontra vinculado não apenas ao poder estatal, mas também à solidariedade e ao dinheiro.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **The Fragility of Goodness**, p. 421.

<sup>240</sup> DUMONT, Louis. **Homo Aequalis**. Trad. José Leonardo Nascimento. Bauru: EDUSC, 2000, p. 47.

<sup>241</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Trad. William Rehg, Estados Unidos da América: MIT, 1996, p. 40.

Contudo, ponderações que levam em conta a complexidade dos fenômenos sociais modernos e que são úteis ao aperfeiçoamento em geral do direito, enquanto meio de resolução de conflitos, parecem escapar a Posner. O seu principal fundamento de avaliação do direito, a eficiência, nos termos dos argumentos tecidos no presente trabalho, é um conceito que deve ser entendido como insulado de raciocínios de natureza moral. O seu esforço justifica-se na premissa que a moral, fruto de uma ampla gama de sentimentos humanos, é uma forma imperfeita de pautar o direito.

Sob um certo aspecto, é importante considerar que não se pode simplesmente assumir que questões consideradas de natureza econômicas e técnicas podem ser pensadas de moda a abstraí-las de uma situação concreta. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os economistas não têm o poder de “saber *a priori* quais coisas são ou não economicamente ou tecnicamente relevantes para as nossas decisões”.<sup>242</sup> A idéia de Posner, ao vincular a sua concepção de economia à ciência, não permite a conclusão que os seus princípios devem ser considerados universais. A questão que parece estar em jogo aqui trata de considerar que as premissas da eficiência de Posner, na realidade, são “extremamente simples e falham em discernir os aspectos do mundo que são mais salientes para razões de previsibilidade”.<sup>243</sup> Enfatiza-se aqui o fato da economia constituir um elemento de grande relevância para o raciocínio jurídico, mas disso não decorre que se deva considerá-la como um conhecimento portador de princípios universais, uma verdadeira ciência da medição, que se encontra plenamente afastada da política e da ética.

Efetivamente, portanto, não se almeja neste trabalho realizar um ataque à economia, mas destacar que ela será de grande valia na medida em que considerar “todos os aspectos

---

<sup>242</sup> TOULMIN, Stephen. **The Idol of Stability** in “The Tanner Lectures On Human Values”, Estados Unidos da América: University of Utah, 1998, p. 344.

<sup>243</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. *Op. cit.*, p. 1201.

sociais, culturais e históricos da situação humana”.<sup>244</sup> Como advertiu Lima Lopes, a eficiência isolada não tem como conferir sentido a uma questão de natureza jurídica, pois podemos simplesmente entender que seja mais eficiente em termos econômicos “abandonar uma parte da população a sua própria sorte, eliminar pessoas não desejadas, impedir ou restringir o acesso de certos grupos ou certa etnia a determinados lugares e assim por diante”.<sup>245</sup>

A estratégia aqui consiste em dizer que não se pode responder juridicamente apenas com o critério do custo/benefício. O problema está em considerar-se a eficiência como o único critério de participação ou repartição de bens em uma sociedade e não como um elemento a ser considerado juntamente com outros. A Direito, portanto, pode incorporar, entre os seus critérios, a eficiência. Todavia, não se pode saber *a priori* quando e em que medida a eficiência deverá ser utilizada. Sabe-se, no entanto, que em certas circunstâncias, o critério do custo não será a razão suficiente para as pessoas. Assim, por mais que possa parecer racional acreditar em deduções matemáticas, não se pode deixar de levar em conta que elas fornecem sempre um resultado de acordo com os elementos que foram inseridos em uma determinada fórmula. A simplificação da fórmula, com a redução de elementos a serem incluídos, somente irá enfraquecer a pretensão de racionalidade universal de um determinado modelo de comportamento. Isso na hipótese de que seria possível ter acesso e incluir todos os elementos possíveis em uma fórmula. Nesse contexto, o direito funciona, através de regras, como verdadeiro limite ou obstáculos à pretensão do “imperialismo econômico” de estender-se a todos os bens buscados pelos seres humanos.

A relação entre direito e economia deve ser visualizada de maneira a entender melhor como determinados conceitos econômicos irão relacionar-se com o raciocínio jurídico. Isso é muito diferente de entender o direito como um instrumento inserido dentro de

---

<sup>244</sup> TOULMIN, Stephen. *Op. cit.*, p. 345.

uma visão determinada de economia. O foco de uma abordagem do direito em um contexto de mercado está centrado nas implicações do uso de conceitos econômicos no âmbito jurídico.<sup>246</sup> Trata-se, na verdade, de entender que o direito deve ser aplicado levando-se em conta os mercados e não apenas fazer análise econômica do direito. Martha Nussbaum considerou que, em um mundo complexo e interligado onde o direito possui grande influência prática na vida das pessoas, seria de muita valia cultivar a humanidade em seu ensino através do fomento à reflexão, da cidadania mundial e da imaginação narrativa.<sup>247</sup> Tendo em vista a sua influência no mundo de hoje, pode-se estender também à economia a sugestão.

O direito não pode, portanto, ser concebido como idéia prática voltada a uma visão de eficiência que, por sua vez, é derivada de uma certa perspectiva econômica. Noções neutras ou simplistas excluem a possibilidade que em determinadas oportunidades outros critérios possam ser considerados no raciocínio jurídico. Zenon Bańkowski indica, nesse sentido, de forma precisa, o que realmente não pode ficar de fora:

Somos iguais no sentido que também precisamos de justiça e amor. Precisamos também tanto receber quanto dar. Somente nesse momento teremos a loucura, a Divina estupidez de Simone Weil, para ter fome e sede de justiça, para criar um mundo que viva plenamente o direito.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio Jurídico e Economia**, p. 142.

<sup>246</sup> MALLOY, Paul. **Law in a Market Context**. Reino Unido: Cambridge University, 2004, *passim*.

<sup>247</sup> NUSSBAUM, Martha Craven. **Cultivating Humanity in Legal Education** in The University of Chicago Law Review, Volume 70, nº 1, 2003.

<sup>248</sup> BAŃKOWSKI, Zenon. *Op. cit.*, p.230. Abre-se uma exceção aqui para colocar o texto original em inglês: “We are alike in that we are also in need of justice and love; we also need to receive as well as give. Only then will we have the madness, Simone Weil's Divine folly, to hunger and thirst for justice, to create a lawful world”.

## Conclusões

Ao longo do presente trabalho, tratou-se de analisar o consequencialismo na Análise Econômica do Direito, centrada na eficiência, na obra de Richard A. Posner e as suas limitações. Desse modo, ao seu final, podem ser fixadas, sucintamente, as conclusões que foram alcançadas:

1. A *law and economics* é considerada a mais influente escola americana de teorização jurídica. Por isso, a investigação de uma escola de origem norte-americana justifica-se pela observação de uma crescente americanização do direito em vários países, inclusive no Brasil. Nesse aspecto, ao utilizar a economia para avaliar e prescrever como o direito deve ser, a análise econômica do direito faz uso da principal via de acesso desse fenômeno de americanização: a economia;
2. A análise econômica do direito inicialmente ocupava-se apenas em estabelecer uma análise econômica do direito relacionado ao antitruste, dos contratos e do direito da empresa, mas acabou estendendo-se ao longo dos anos, para as mais diversas áreas do direito, como o direito tributário, constitucional e de família. Além do crescimento dentro do campo do direito, a disciplina evoluiu para além da esfera dos mercados e trata hoje de assuntos como teoria política e teoria do direito para tentar redefinir o papel do direito nas sociedades;
3. A relevância da noção de eficiência econômica para Posner reside no que este autor denomina de busca pela objetividade no direito. Assim, ao contrário de procurar no direito um raciocínio propriamente jurídico, o mérito da eficiência está na possibilidade de esta constituir uma espécie de regra de caráter ético dotada da possibilidade de ser empregada na fundamentação de obrigações de natureza jurídica. Para a percepção de Posner sobre a eficiência possibilitar uma maior imparcialidade, certeza e objetividade ao direito, será necessário ao jurista ir além do

direito, concebido meramente como disciplina autônoma, incorporando um projeto denominado de “superação do direito”;

4. A superação de um exclusivo raciocínio jurídico, na visão de Posner, é alcançada através de três ordens de fundamentos, a saber: o primeiro estaria sedimentado em uma visão econômica do mundo; o segundo traduz-se na tese da insuficiência da teoria da justiça nos termos em que foi pensada por Aristóteles e, distintamente, aquela defendida por John Rawls. Em terceiro lugar, destaca-se como fundamento a alegação de Posner que filosofia moral é incapaz de auxiliar o direito. Dito de outra maneira, o projeto de Posner procura apresentar uma metodologia que possa superar as limitações de outras formas de entender o fenômeno jurídico, principalmente aquelas que encontram seus fundamentos na filosofia moral e na política;

5. Para Posner, a justiça corretiva aristotélica é carente em detalhes teóricos, o que a faz perder força se comparada às possibilidades de análise que a eficiência proporciona. Em uma analogia com um automóvel, a justiça corretiva pode até estar sentada no banco do motorista, mas será a visão econômica defendida por ele que dirá ao motorista quando acelerar, pisar no freio, dobrar ou parar o carro;

6. Posner sustenta que as implicações lógicas de teorias da justiça como a de Aristóteles e de John Rawls devem fazer repensar todos aqueles que pretendem que juízes devam conduzir-se pela filosofia moral ou política. Se existe um mecanismo para se ponderar e escolher entre teorias filosóficas morais, este não é possuído por juízes;

7. A diversidade teórica sobre a moral, resulta em uma completa ausência de um método racional para resolver dilemas morais. Posner menciona, como exemplo, o aborto, endossando a tese do filósofo Alasdair MacIntyre de que na modernidade os debates morais tornaram-se

incomensuráveis, na medida em que não se pode apelar a uma moral que sirva como critério padrão;

8. Pode-se pensar sobre questões como liberdade, tolerância religiosa, divisão de poderes, limitação dos poderes, etc., sem fazer uso necessariamente de um pensamento filosófico, pois há diversas molduras em que se pode pensar estas questões, como a religiosa e a política. Assim, mesmo que um juiz venha a decidir uma questão com fundamentos em princípios morais, tal empreendimento é distinto da idéia de tomar partido em uma determinada questão utilizando argumentos fundados em uma teoria moral normativa;

9. Um das formas equivocadas de perceber o fenômeno jurídico é o que Posner denomina de prudencialismo, pois consiste muito mais em um estado de espírito do que um verdadeiro método de análise, ou seja, o estado de espírito correto e definitivo de lidar com o direito. O jurista prudente, ao observar que uma determinada espécie de problemas demanda uma maior dificuldade em sua resolução do que se pode inicialmente afirmar, em nada está auxiliando na decisão do caso;

10. Para Posner, conceitos como intuição, senso comum, entre outros usados pelos entusiastas da razão prática, constituíram fundamentos de inúmeras falácias, persistentes ao longo de séculos, como a teoria geocêntrica do universo e da teoria aristotélica sobre o movimento dos corpos. Com a eficiência, posições políticas e temas jurídicos controversos são abordados sob um ponto de vista neutro, pois o economista, de acordo com Posner, não busca favorecer qualquer lado de um debate, apenas favorecerá a eficiência;

11. A visão econômica de mundo de Posner é estruturada em uma idéia específica de racionalidade e também em uma idéia de como a economia pode relacionar-se com o direito.

Além disso, essa perspectiva pretende que o direito vigente transforme-se de modo a permitir que essa relação ocorra;

12. A economia, para Posner, é a ciência da escolha racional em um mundo de escassez de recursos. Esses são escassos porque temos que ter em mente que os recursos são comparados aos desejos nutridos pelos seres humanos. O objetivo da economia consiste em explorar quais serão os desdobramentos de assumir que o homem é um maximizador de seus objetivos ou fins em sua vida, além dos seus desejos. Posner chama de “auto-interesse” essa assunção do homem como maximizador de seus fins e desejos particulares;

13. A racionalidade nada mais é do que uma aptidão para eleger os melhores meios para os fins escolhidos pelo indivíduo. A racionalidade entendida nestes termos permite que possamos inclusive considerar um sapo ou um rato como racionais. Isso conduz Posner a estabelecer que somos racionais na medida em que adequamos meios aos fins, considerando-se diferentes graus de inteligência, tendo em vista as informações que dispomos;

14. A racionalidade econômica permite que seja construído um modelo capaz de antecipar e explicar o comportamento humano. A simplicidade deste modelo é defendida por Posner no sentido que, ao se agregar a um modelo econômico de racionalidade inúmeros fatores, tornando-o mais complexo, passa-se a ter um grau de flexibilidade tão grande que impossibilita a sua comprovação ou refutação através da observação empírica;

15. Teorema de Coase, resumidamente, sustenta que quando assumimos, em uma situação de alocação de recursos, que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero, o resultado eficiente será atingido independentemente de a quem as regras jurídicas conferirão direitos, ou seja, sob o ponto de vista estritamente da eficiência, não é relevante quem tem direitos. Assim, a influência do Teorema para a Análise Econômica do Direito defendida por



Posner reside no fato da determinação de quem tem direitos dever passar, necessariamente, por uma discussão de eficiência;

16. Teorema de Coase sustenta que o direito pode auxiliar na produção de resultados economicamente eficientes, mas muitas vezes não o faz. Este direito, não produtor de resultados eficientes, constituirá um problema para Posner, pois efetivamente não se encontra aberto a uma racionalidade econômica ou às conclusões do referido teorema;

17. Insere-se, assim, como elemento da visão econômica de Posner a tentativa de solucionar a questão da ineficiência do direito que se traduz na busca de sua superação [*to overcome law*]. O direito a ser superado é aquele "totem profissional que significa tudo aquilo que é pretensioso, desinformado, preconceituoso e espúrio na tradição jurídica";

18. A utilização da economia como instrumento incorporado à análise jurídica permite ao jurista evitar uma incursão muitas vezes problemática nas áreas da filosofia moral e da política. Posner argumenta que é um erro imaginar que todos os problemas de caráter jurídico possam ser desdobrados em questões maiores que envolvam a liberdade e autonomia dos indivíduos. Um contrato, por exemplo, na maioria das vezes não será uma questão de autonomia humana, mas de custos de transação;

19. Na eficiência, nos termos que foi desenvolvida por Pareto, um resultado será considerado mais eficiente na hipótese de pelo menos a situação de uma pessoa ter uma melhora e nenhuma outra fique em um estado pior. Na prática é identificado um sério problema na eficiência de Pareto na medida em que seria quase impossível realizar qualquer mudança em larga escala em uma determinada situação sem que nenhuma pessoa acabe sofrendo uma perda;

20. Assim, para a eficiência ser algo relevante em termos jurídicos e ser uma forma de divisão e participação em bens, foi necessária uma transformação do critério de Pareto que acabou sendo realizada no final dos anos 30 do século XX pelos economistas Nicholas Kaldor e John Richard Hicks;

21. O critério de eficiência conhecido como Kaldor-Hicks constitui uma situação em que o resultado seja tal que os ganhadores obtenham mais do que a privação sofrida pelos que saíram perdendo. O resultado será eficiente para o critério de Kaldor-Hicks se aqueles que ficarem em uma situação melhor puderem, em tese, compensar aqueles que ficarem em uma situação pior;

22. O método de quantificação monetária da eficiência Kaldor-Hicks ou “maximização de riqueza” atribui a tudo um preço e mostrou-se mais interessante à análise econômica do direito para fundamentar um critério que permita avaliar objetivamente os resultados produzidos pelas regras jurídicas e decisões judiciais;

23. O exemplo do acidente sofrido por Phineas Gage demonstra que ele não perdeu as capacidades consideradas para Posner como racionais: ele ainda possuía auto-interesse, fazia cálculos de custos e benefícios de suas ações e também era capaz de ser coerente com as suas escolhas. Assim, os dois métodos principais utilizados para se identificar a racionalidade em um comportamento para esse visão econômica: a maximização do auto-interesse e a consistência interna entre as escolhas, não garantem que não consideremos como racional casos patológicos. Nesse aspecto, faltam capacidades éticas básicas no *homo economicus*;

24. A proposta de Posner de adotar um modelo científico capaz de explicar e prever o comportamento humano, acaba equivocando-se justamente no que considera ser sua maior virtude: a simplicidade. Os problemas humanos e, conseqüentemente, os que o direito terá que

enfrentar, exigem uma visão mais complexa da vida, um aparato que modelos mais simples não poderão fornecer;

25. A incompatibilidade entre o raciocínio jurídico e o raciocínio econômico não deve ser considerada tão extremada. Isso não significa considerar o direito somente através do viés econômico de Posner. Acolhe-se aqui a interpretação de Lima Lopes, no sentido de perceber a economia como detentora de um caráter prático e que seus raciocínios já ofereceram ao direito muitas soluções que os juristas continuam a aplicar;

26. O comprometimento na visão de Posner com a idéia de comensurabilidade dos fins perseguidos pelas pessoas é conferida pela noção de riqueza. Esta é avaliada em termos monetários e pressupõe que todos os bens estão no mercado. Contudo, nem todos os bens estão no mercado e nem tudo é comensurável, o que torna difícil sustentar a pretensão de objetividade da formulação da eficiência em Posner;

27. Quando são elaborados diversos conceitos e fundamentos, como racionalidade econômica, eficiência, superação do direito e insuficiência de algumas teorias da justiça, em favor da realização de uma determinada noção de bem, a riqueza econômica, pode-se afirmar que Posner está gradualmente produzindo conceitos e fundamentos morais. Nesse sentido, ao teorizar sobre essa noção de bem, Posner está formulando uma “filosofia moral” própria.

28. Deve-se considerar também que o conceito de racionalidade sustentado por Posner para justificar a riqueza como bem a ser maximizado, na medida que pretende “desqualificar outros motivos para a ação” e desempenhar o papel de “tipo-ideal de todo o raciocínio prático, sem ressalvas” passa a assumir um caráter nitidamente moral.

29. A percepção econômica “engenheira”, evocada por alguns na modernidade, não pode redundar simplesmente em um isolamento do direito, a pretexto de uma suposta autonomia em relação a outros campos, de considerações econômicas. Este tipo de projeto não pode servir de resposta adequada ao crescimento da economia para outros campos das ciências sociais, pois uma das características do direito nos tempos atuais consiste no fato de agregar em suas relações princípios de diversos campos, na medida em que se encontra vinculado não apenas ao poder estatal, mas também à solidariedade e ao dinheiro;

30. Não se pode simplesmente assumir que questões consideradas de natureza econômicas e técnicas podem ser pensadas de moda a abstrai-las de uma situação concreta. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os economistas não têm o poder de “saber *a priori* quais coisas são ou não economicamente ou tecnicamente relevantes para as nossas decisões”;

31. A economia será de grande valia na medida em que considerar “todos os aspectos sociais, culturais e históricos da situação humana”, pois a eficiência isolada não tem como conferir sentido a uma questão de natureza jurídica. O direito funciona, através de regras, como verdadeiro limite ou obstáculos à pretensão do “imperialismo econômico” de estender-se a todos os bens buscados pelos seres humanos;

32. A relação entre direito e economia deve ser visualizada de maneira a entender melhor como determinados conceitos econômicos irão relacionar-se com o raciocínio jurídico. Isso é muito diferente de entender o direito como um instrumento inserido dentro de uma visão determinada de economia. O foco de uma abordagem do direito em um contexto de mercado está centrado nas implicações do uso de conceitos econômicos no âmbito jurídico.

## Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**. Espanha: Gredos, 1985.

\_\_\_\_\_; BARNES, Jonathan (editor). **The Complete Works of Aristotle**, Vols. I & II. EUA: Princeton University, 1995.

BAŃKOWSKI, Zenon. **Living Lawfully**. Holanda: Kluwer, 2002.

BARRY, Brian. **Justice as Impartiality**. Oxford: Oxford, 1995.

BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. EUA: University of Chicago, 1978.

BECKER, Gary. **The Economic Way of Looking at Life** *in* Journal of Political Economy, Vol. 101, 1993.

CALABRESI, Guido. **About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin** *in* Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980.

\_\_\_\_\_. **Some thoughts on risk distribution and the law of torts** *in* Yale Law Journal, nº 70, 1961, 499.

CAMPBELL, Tom. **Justice**. 2ª ed., EUA: St. Martin, 2001

COASE, Ronald H. **Economics and Contiguous Disciplines** *in* Essays on Economics and Economists, EUA: University of Chicago, 1995.

\_\_\_\_\_. **The Problem of Social Cost** *in* Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960.

COOTER, Robert. **Law and Economics**. 4ª Ed., EUA: Addison Wesley, 1993.

COWEN, Tyler. **How do Economists Think About Rationality** in BYRON, Michael. (editor) Satisficing and Maximizing – Moral Theorists on Practical Reason, Reino Unido: Cambridge University, 2004.

DAMASIO, Antonio R. **Descartes' Error : Emotion, Reason, and the Human Brain**. Reino Unido: Penguin, 2005.

DUMONT, Louis. **Homo Aequalis**. Trad. José Leonardo Nascimento. Bauru: EDUSC, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. EUA: Harvard University, 1985.

\_\_\_\_\_. **Darwin's New Bulldog**, in Harvard Law Review n° 111, maio de 1998.

FLEURBAEY, Marc. **Théories Économiques de la Justice**. [S.L.]: Economica, 1996.

FREEDMAN, David. **L'americanisation du droit français par la vie économique** in Archives de philosophie du droit, Vol. 45.

FONSECA, Eduardo Giannetti Da. **Beliefs in Action: Economic Philosophy and Social Change**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1991.

GAUTHIER, David. **The Incomplete Egoist** in Tanner Lectures in Human Values, EUA: University of Utah, 1984.

GORDLEY, James. **The Moral Foundations of Private Law** in The American Journal of Jurisprudence, n° 47, 2002.

\_\_\_\_\_. **Why Look Backward** in American Journal of Comparative Law, Vol. 50, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Trad. William Rehg, EUA: MIT, 1996.

HICKS, John Richard. **The Foundations of Welfare Economics** in Economic Journal 49, 1939.

HINMAN, Lawrence M. **Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory**, 3ª ed., EUA: Wadsworth, 2002.

HOLMES, Stephen *et al.*, **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. EUA: W. W. Norton & Company, 2000.

JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R.. THALER, Richard H.. **A Behavioral Approach to Law and Economics** in SUNSTEIN, Cass R.. (Org.) Behavioral Law and Economics, Reino Unido: Cambridge, 2000.

KAHNEMAN, Daniel. **Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment And Choice** in FRÄNGSMYR, Tore. (editor) Les Prix Nobel. The Nobel Prizes 2002, Suécia: Nobel Foundation, 2003.

KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility** in Economic Journal, nº 49, 1939.

KROMMAN, Anthony T. **Second Driker Fórum for excellence in the Law** in Wayne Law Review, nº 42, vol 115, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: 34, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Raciocínio Jurídico e Economia** in Revista de Direito Público da Economia, ano 2, nº 8, pp. 137-170, out./dez. 2004.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. EUA: University of Notre Dame, 2ª ed., 1984.

MALLOY, Paul. **Law in a Market Context**. Reino Unido: Cambridge University, 2004.

MEIKLE, Scott. **Aristotle Economic Thought**. Reino Unido: Clarendon, 1995.

MOORE, G. E.. **Principia Ethica**. Reino Unido: Cambridge University, 1903.

NIDA-RUMELI, Julian. **Economic Rationality and Practical Reason**. Dordrecht, Holanda: Kluwer, 1997.

NUSSBAUM, Martha Craven. **The Fragility of Goodness**. 2ª ed., Reino Unido: Cambridge University, 2001.

\_\_\_\_\_. **Cultivating Humanity in Legal Education** in The University of Chicago Law Review, Volume 70, nº 1, 2003.

\_\_\_\_\_. **Still Worthy of Praise** in Harvard Law Review, Vol. 111, 1998.

\_\_\_\_\_. **Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics** in The University of Chicago Law Review, Vol 64, 1997.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PARKIN, Alan J. **Case Studies in the Neuropsychology of Memory**. Reino Unido: Psychology, 1997.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. EUA: Harvard University, 2003.

\_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**. 6ª ed., EUA: Aspen Law & Business, 2003.

\_\_\_\_\_. **Frontiers of Legal Theory**. EUA: Harvard University, 2001.

\_\_\_\_\_. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. EUA: Harvard University, 1999.



\_\_\_\_\_. **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University, 1995.

\_\_\_\_\_. **Sex and Reason**. EUA: Harvard University, 1994.

\_\_\_\_\_. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University, 1990.

\_\_\_\_\_. **The Economics of Justice**. 2ª ed. EUA: Harvard University, 1983.

POSNER, Richard A. **Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship** in *University of Chicago Law Review* n. 67, 2000.

\_\_\_\_\_. **The Problematics of Moral and Legal Theory** in *Harvard Law Review*, Vol. 111, 1998.

\_\_\_\_\_. **Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry** in OWEN, David G. (editor) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Reino Unido: Oxford University, 1997.

\_\_\_\_\_. **Law and Economics Is Moral** in *Valparaiso University Law Review*, Vol. 24, 1989

\_\_\_\_\_. **Wealth Maximization Revisited** in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 85, 1985.

POSNER, Richard A., POSNER, Eric. **La Demanda de Clonación Humana** in NUSSBAUM, Martha Craven. SUNSTEIN, Cass R. (Org.) *Clones y Clones*, España: Cátedra, 2000.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. EUA: Harvard University, 1971.

SANDEL, Michael. **What Money Can't Buy** in *The Tanner Lectures on Human Values*, EUA: University of Utah, 1998.

SEN, Amartya. **On Ethics and Economics**. India: Oxford, 1987.

SMART, J. J., WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism: for and against**. Reino Unido: Cambridge University, 1973.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Reino Unido: Clarendon, [s.d.].

RESTAK, Richard M. **The Secret Life of the Brain**. EUA: Joseph Henry, 2001.

STAVEREN, Irene Van. **The Values of Economics**. Reino Unido: Routledge, 2001.

SUNSTEIN, Cass. (editor) **Behavioral Law and Economics**. Reino Unido: Cambridge University, 2000.

TOULMIN, Stephen. **The Idol of Stability in The Tanner Lectures On Human Values**, EUA: University of Utah, 1998.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Leçons D'Histoire de La Philosophie du Droit**. França: Dalloz, 1957.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice**. EUA: Basic Books, 1983.

ZERBE JR., Richard O. **Economic Efficiency in Law and Economics**. EUA: Edward Elgar, 2001.