

Bruno Meyerhof Salama

### **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**

Para dar o tom da minha apresentação, seguirei a linha do José Rodrigo Rodriguez, que deu o tom da sua lendo um poema de Heidegger. Sigo uma linha talvez um pouco mais lúgubre, citando o epitáfio de William Yeats. Segue assim: "*Cast a cold eye on life, on death; horseman, pass by!*" ["Lança um olhar gélido à vida, à morte; cavaleiro, passa ao largo!"].<sup>1</sup>

A minha apresentação tem por objetivo lançar apenas um olhar, talvez um olhar gélido, para um tema complicado: a relação entre direito, justiça e eficiência. Trago aqui a perspectiva de um importante pensador contemporâneo que no Brasil tem sido muito citado, mas pouco lido: o norte-americano Richard Posner.

Tenho a sensação de que Posner é um autor que faz um contraponto interessante àquilo que podemos chamar de pensar dogmático tradicional. Claro que não há um pensar tradicional; há vários. Peço perdão desde logo pela imprecisão. De todo modo, Posner possivelmente se contraponha a um grande número desses pensares que mal-definidos são aqui tratados como "tradicionais".

O primeiro contraponto está, obviamente, no fato de que Posner teoriza o direito na tradição jurídica ocidental que faz o contraponto a dogmática romano-germânica. É importante lembrarmos sempre que o Richard Posner está sempre tratando do direito americano. Posner, via de regra, não tem a pretensão de universalizar suas conclusões para além do mundo anglo-americano. Posner de fato reconheceu, em inúmeras passagens dos seus trabalhos, que suas conclusões não são

---

<sup>1</sup> Trata-se dos três últimos versos do poema *Under Ben Bulben*.

necessariamente generalizáveis para o mundo da *Civil Law*. Isso não quer dizer, por outro lado, que o raciocínio e a metodologia empregada por Posner não possam ser aproveitados fora da *Common Law*, como tem sido feito em graus mais ou menos proveitosos em inúmeros casos.

Além disso, mesmo nos Estados Unidos, Posner tem sido um grande iconoclasta. Ele iniciou sua carreira como professor nos Estados Unidos e depois se tornou juiz; tanto suas decisões como seus livros são os mais citados no meio jurídico americano, segundo estatísticas, portanto, ele é um iconoclasta dos mais influentes.

O epitáfio Yeats serve, então, como uma metáfora da minha apresentação no sentido de que quero aqui entender a contribuição de Posner; lançar-lhe um olhar gélido e desapaixonado; compreender as críticas, mas também as virtudes; e preparar o caminho para ir adiante.

\* \* \*

Posner criou fama internacional ao concatenar de forma criativa o que foi descrito, nas palavras de Robert Cooter, como a junção de duas “correntes oceânicas”: a tradição jurídica, e a tradição econômica. O direito foi combinado com o pensamento econômico desde longa data, mas isso não impediu que desde pelo menos o século XVIII se formassem tradições intelectuais distintas, com autonomia sistêmica e acadêmica. Posner trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *Law & Economics*, no Brasil geralmente referida como *Análise Econômica do Direito* ou simplesmente *Direito e Economia*.

Antes de ir adiante, é bom notar que há algumas barreiras a serem superadas para se pensar na contribuição de Posner. A primeira, já mencionada, é sua origem na *Common Law* americana. A segunda é de natureza epistemológica. A interdisciplinaridade, que é traço central da obra de Posner, expõe uma série de problemas que dizem respeito às próprias possibilidades e limitações das metodologias empregadas.

A terceira diz respeito à existência de descontinuidades na obra de Posner. Houve descontinuidades tanto no nível filosófico quanto nos níveis metodológico e temático. Já há duas décadas Posner abandonou aquilo que popularmente passou a ser conhecido como *economicismo*, ou *eficientismo*. Posner propôs no fim dos anos 1970 o argumento de que critérios econômicos poderiam ter natureza de elementos fundantes da ética pública e do direito, *pelo menos nos Estados Unidos*. (Uma ressalva: Posner expressamente notou que não procurava generalizar sua teoria para além das terras do Tio Sam). Depois, expressamente, abandonou a idéia, e converteu-se a uma forma relativamente idiossincrática de pragmatismo jurídico.

Esta evolução no pensamento de Posner é um dos elementos menos notados, porém mais importantes, na sua trajetória intelectual. É essa evolução histórica o fio condutor que utilizo aqui.

A primeira fase a obra de Posner vai do início dos anos 1960 a fins dos anos 1970. A obra se constrói em torno de uma hipótese de natureza eminentemente *histórica*. Trata-se da hipótese de que a *Common Law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana. A obra emblemática deste período é o clássico *Economic Analysis of Law*, editada pela primeira vez em 1973.

*Economic Analysis of Law* é uma obra centrada na tentativa de sistematização do direito norte-americano a partir da análise microeconômica. O ponto de partida consistiu em identificar o que lhe pareciam ser as três forças motrizes da *Common Law*. Primeiro, o direito da propriedade, que da ótica econômica se ocuparia de criar e definir os “direitos de exclusividade” sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses “direitos de exclusividade”. Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os “direitos de exclusividade”, inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo.

Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

A narrativa do livro está centrada na hipótese histórica de que a formação da *Common Law* possa ser entendida uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes. Mas Posner não procura demonstrar que toda decisão ou doutrina do *Common Law* seja necessariamente eficiente. Para Posner, a hipótese da evolução da *Common Law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social de alguma forma voltado à maximização da riqueza da sociedade. Então, a *Common Law* norte-americana refletiria um arcabouço jurídico que permitiria que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.

Um princípio de eficiência alocativa requer que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Daí por que o direito negue efeitos aos atos cometidos sob coação. Pensemos na situação de um indivíduo que, estando sob a ameaça de uma arma de fogo, se vê diante a opção de ser assassinado ou assinar um determinado contrato. Este contrato não é válido, e os tribunais lhe negarão efeito. Por quê? O motivo certamente não é o de que o indivíduo assinara o contrato de maneira involuntária. Afinal, o indivíduo provavelmente estava bastante ansioso para assinar o contrato o quanto antes (e assim fugir da ameaça da arma!). O motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está, segundo Posner, no fato de que o reconhecimento de atos sob coação tenderia a reduzir o produto social, pois incentivaria tanto a realização de ameaças físicas como prática usual de negócios quanto os investimentos em defesa dessas ameaças. Sabe-se que negócios sob ameaça não são eficientes. Se fossem, as partes entrariam em acordo independentemente da ameaça física. Mas o indivíduo sob ameaça somente pode negociar com o que lhe faz a ameaça. Por isso, conclui Posner, a coação funciona como um “monopólio situacional”. E com isso a vedação à coação acaba podendo ser explicada pela própria Teoria dos Monopólios.

A Teoria dos Monopólios é, por sinal, o eixo central da segunda obra mais importante de Posner durante a década de 1970, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976). Nela, Posner defendeu que o Direito da Concorrência devesse ser encarado como um instrumento para a promoção do bem-estar, e que a própria Economia do Bem-Estar (*welfare economics*) seria o guia analítico mais adequado. Dessa ótica, as firmas são vistas como agentes racionais que buscam a maximização dos seus lucros. Isso implicaria reconhecer que, para o Direito da Concorrência, a conduta de uma firma é relevante se essa busca do lucro se desse em detrimento do bem-estar agregado da sociedade. Vale dizer, quando for ineficiente. Um corolário desta visão seria a de que as regras em Direito da Concorrência deveriam ter em conta os prováveis custos e benefícios agregados decorrentes das diversas posturas legais, interpretações e construções jurídicas possíveis. Com essas considerações, fica claro que Posner vai se tornando cada vez mais um “normativista”, e menos um “descriptor”.

Dá-se assim uma passagem para uma nova fase, que podemos chamar de *eficientista*. Embora Posner não utilize a expressão “teoria de justiça”, ele utiliza a expressão “teoria moral” (*moral theory*), que por sua vez é aplicada especificamente a questões jurídicas. Daí por que me parece correto tratar suas concepções *eficientistas* também como uma “teoria de justiça”.

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade. Esta visão permitiria, segundo Posner, “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.” O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas.

A eficiência como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970. Posteriormente, em 1981, esses escritos foram consolidados e expandidos em um livro cujo título é bastante sugestivo, *The Economics of Justice*. Nesta obra, Posner defendeu que a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas deveria ser a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto levaria à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seria fundacional ao Direito, no sentido de que poderia ser o critério ético que viesse a distinguir regras justas de injustas.

A construção filosófica do argumento normativo é sutil e deve ser examinada com um mínimo de cuidado. Eu conduzo este exercício com cuidado em um texto em que estou trabalhando, e que ainda não está pronto, mas que pretendo publicar em breve. Em linhas gerais, Posner procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia Kantiana e o utilitarismo Benthamiano. Para Posner, a ética da maximização de riqueza pode ser vista como “uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais”.

Assim sendo, Posner supostamente aproveita alguns, e rechaça outros, aspectos de cada uma dessas tradições. Da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição Kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica. E também, na minha opinião, uma tese com muitos furos.

Posner passou boa parte da década de 1980 defendendo-se de seus críticos. Finalmente, em 1990, Posner “jogou a toalha”. No livro (já traduzido ao português) “Problemas de Filosofia do Direito”, de 1990, Posner finalmente abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A teoria da maximização da riqueza, escreveu Posner, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”. E, deste modo, Posner reviu sua posição: ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, Posner passou pôs a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo americano.

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais na sua mudança de posição, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período da sua mudança de posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, Posner diz o seguinte: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas.”

O artigo de Dworkin ao qual Posner se referia era o célebre *Is Wealth a Value* (“A Riqueza é um Valor?”), em que Dworkin defendeu o argumento de que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça, simplesmente porque a eficiência não é um valor; e a justiça requer valores. Aquilo que Posner sugere tenha sido um “exagero” de Dworkin estaria, a meu ver, provavelmente no ponto de partida da crítica de Dworkin. Eu trato dessa questão em detalhes em um outro trabalho, ainda inédito.

Fato é que, ao converter-se ao pragmatismo jurídico, Posner completou um grande círculo. Após trilhar um caminho de discussão da relação entre direito e economia, Posner primeiro propôs que a economia poderia ser o “farol” do direito. E diante de contundentes críticas, deu-se conta de que isso não seria possível. E então, voltou ao pragmatismo jurídico, de Pierce e do seu “ídolo”, o juiz Benjamin Cardozo. Retornou assim ao seio da teoria jurídica predominante na academia americana do começo do século XX.

O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticalismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.

Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três esteios: (1) um pragmatismo jurídico – e ele passa a dizer “agora sou pragmatista”; (2) o liberalismo clássico; (3) e a economia.

E aqui retomo então o tema da autonomia jurídica, de que tratamos neste seminário. A ligação estreita entre direito e economia é desde logo uma visão não autônoma do direito. Mas isso é dizer muito pouco. Minha impressão é de que Posner, na realidade, questiona a noção de autonomia do direito em três níveis: (1) ele questiona a idéia de que possa haver uma autonomia do direito em face à sociedade, ou seja, que a doutrina jurídica evolui em resposta à própria doutrina jurídica. (2) Questiona, ainda, a noção de que haja uma autonomia do direito perante a sociedade e perante outras disciplinas. (3) E ainda, vai mais longe, sugerindo que na sustentação da visão autônoma do direito há um jurista auto-interessado, preocupado antes de tudo em manter o monopólio da prática do direito. Todos nós juristas estamos, então, no banco dos réus.

Posner postulará, então, que ao interpretar e aplicar a lei o juiz de direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência.

Um último ponto que faço aqui se dá no que toca ao tema da regulação. Temos de um lado a instrumentalidade da regulação, que reforça seu aspecto teleológico. De outro lado, temos o princípio democrático a resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos frente a um estado potencialmente arbitrário. Surge daí, inevitavelmente, um conflito entre o ente público que busca regular, e o ente privado que busca a liberdade. Será que há realmente uma teoria jurídica que pode dar conta dessa conflito? Posner dirá que a função do decisor diante desses conflitos será inevitavelmente pragmática. É um ponto a se pensar.

Para concluir, agradeço o convite e parabênzo o José Rodrigo, o Batalha e o Samuel pela boa iniciativa e pela organização deste evento. É também uma honra fazer parte desta mesa, especialmente na presença do professor Tércio Sampaio Ferraz. As aulas do professor Tércio eram as minhas favoritas durante o meu bacharelado nas Arcadas. Foram suas ponderações que despertaram minha curiosidade intelectual diante o direito. Sou por isso muito grato ao professor Tércio. Aproveito, por fim, agradecer ao meu assistente, Gabriel Pinto, que me ajudou na pesquisa sobre Posner que estou conduzindo.