

A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner

Bruno Meyerhof Salama*

Índice

- I. Ascensão: Eficiência como Método Analítico
- II. Apogeu: Eficiência como Critério Ético
- III. Queda: Eficiência Subordinada ao Pragmatismo
- IV. Considerações Finais: A Análise Econômica do Direito e Seus Rumos

- - -

All that is human must retrograde if it does not advance.
Edward Gibbon¹

Muito se fala do suposto espírito colonizador da análise econômica do direito. Espalhando-se tal qual um império – talvez um império sediado em Chicago, não em Roma – a análise econômica estaria pouco a pouco se impondo, ou tentando se impor, sobre a teoria e a prática jurídica: primeiro dentro, e depois fora dos Estados Unidos, inclusive no Brasil. Esta visão contudo não é correta. Com a “guinada pragmática” de Richard Posner, até mesmo o arauto da suposta colonização entregou os pontos.

Este texto, cujo título é paráfrase do clássico de Edward Gibbon, relata a *história do declínio e queda* daquela que foi vista por muitos como a empreitada intelectual imperialista da análise econômica do direito capitaneada por Richard Posner: a utilização do critério de eficiência como a fundação ética para o direito. Conduzo o presente exercício examinando seletivamente a trajetória intelectual de Posner, enfocando principalmente suas obras escritas no período que se estende de fins dos anos 1970 até o início dos anos 1990.

Posner deu três principais contribuições à teoria jurídica. Duas redundaram em sucesso e perduram até hoje como referências teóricas importantes: pode-se discordar, mas não se pode legitimamente ignorá-las. Esses casos de “sucesso” são, em primeiro lugar, a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do direito; e, em segundo lugar, a reconstrução do pragmatismo jurídico nas bases do que se pode chamar de um “practicalismo posneriano”. Tratei desses casos de “sucesso” em outro trabalho,² e eu aqui os retomo somente na medida do necessário para compor o quebra-cabeça. Meu ponto central está no exame daquele que num certo sentido pode ser considerado o “fracasso” de Posner.

* Professor, Direito GV. Agradeço a Gabriel Pinto e Gustavo Ribeiro pelo auxílio na pesquisa. O presente trabalho contém diversas citações extraídas de obras estrangeiras e traduzidas livremente pelo autor. Todos os erros são de responsabilidade exclusiva do autor.

¹ Edward Gibbon (1737 - 1794), historiador inglês, autor do clássico “A História do Declínio e Queda do Império Romano” (São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989, edição abreviada).

² SALAMA, Bruno. O que é Pesquisa em Direito e Economia? Caderno Direito GV, Número 22 - mar/2008. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19.

No final dos anos 1970, Posner propôs que o critério de eficiência poderia ser a pedra de toque para a formulação e interpretação do direito. Criticado, defendeu-se como pôde, até finalmente abandonar a tese. É nisso que consiste o que estou chamando de “fracasso”, e é a descrição desse quadro que se resume o presente trabalho.

Há pelo menos três barreiras a serem superadas para que se possa refletir de modo proveitoso a respeito da contribuição intelectual de Posner. A primeira é de natureza epistemológica. A interdisciplinaridade entre o direito e a economia, traço distintivo dos escritos enfocados neste trabalho, expõe uma série de problemas que dizem respeito às possibilidades e também às limitações que surgem no enlace entre diferentes metodologias.³ É que enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade;⁴ enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a economia é marcadamente empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica.

A segunda barreira é contextual. Posner não é um universalista. Seus escritos discutem institutos da *Common Law*, e da *Common Law* norte-americana em particular. Salvo raríssimas exceções,⁵ seu diálogo se dá com autores também da *Common Law* norte-americana – um ponto que costumeiramente passa despercebido pelos leitores do mundo da *Civil Law*. E mesmo suas teses normativas mais arrojadas são, nas suas próprias palavras, contextuais: dizem respeito aos Estados Unidos, mas não necessariamente para outros lugares.⁶

A terceira barreira diz respeito à existência de descontinuidades na obra de Posner. Houve descontinuidades tanto no nível filosófico quanto nos níveis metodológico e temático, e quem sabe até no nível ideológico.⁷ Aproveito-me da existência dessas descontinuidades para organizar este trabalho justamente a partir das rupturas na trajetória de Posner.

Aqui me interessam em particular as descontinuidades a respeito da utilização e da relevância do critério de eficiência para a teoria jurídica. Introduzo o tema, na seção I, examinando o que pode ser tratado como a “ascensão” do critério de eficiência. Discuto em linhas gerais as contribuições que vão dos seus primeiros escritos em meados dos anos 1960 até fins da década de 1970. Enfoco particularmente o clássico *Economic Analysis of Law* (1973) – esta, aliás, sua obra mais importante e mais útil até hoje.⁸

³ É bom notar que as contribuições de Posner não se resumem ao enlace entre direito e economia. Por exemplo, Posner é também um dos autores mais influentes no chamado campo do *Law & Literature*, ou “Direito e Literatura”. Vide POSNER, Richard. *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*. Harvard University Press, 1998.

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo, Ed. Método, 2006, p. 271.

⁵ Por exemplo, POSNER, Richard A. *Creating a Legal Framework for Economic Development*. World Bank Research Observer. Vol. 13. Iss. 1, 1998, p. 1-11. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LegalFramework.pdf>.

⁶ Isso não quer dizer, por outro lado, que o raciocínio e as metodologias empregadas por Posner não possam ser aproveitados fora da *Common Law*, como tem sido feito em graus mais ou menos proveitosos em inúmeros casos.

⁷ Indicações de alguma mudança ideológica podem ser encontradas em suas obras mais recentes. Vide por exemplo POSNER, Richard. *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard University Press, 2009.

⁸ Outras obras importantes de Posner produzidas neste período incluem: “Taxation by Regulation”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 2, n. 1 (1971), pp. 22-50; “The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 3, n. 1, (1972), pp. 98-129; *The Behavior of Administrative Agencies*, 1 J. Leg. Studies 305 (1972); “Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics & Management Science*, n. 02, v. 05 1974, pp. 335-358. E ainda: “Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials”, St. Paul,

Ressalto que o traço unificador desses escritos é uma hipótese de natureza eminentemente *histórica*. A saber, a hipótese de que a *Common Law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana.

A partir de meados da década de 1970, Posner pôs-se a trilhar a formulação de uma síntese normativa entre justiça e eficiência. Essa formulação e os debates que se seguiram refletem, de certa forma, o “apogeu” do critério de eficiência nos seus escritos. O argumento central da teoria formulada por Posner é simples: o direito norte-americano não apenas *tem evoluído historicamente* no sentido da eficiência; o direito norte-americano *deve evoluir* (ou talvez, deve *continuar evoluindo*) no sentido da eficiência. A este argumento Posner deu o nome de teoria da “maximização da riqueza”. O livro que marca a transição é *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976),⁹ mas a obra emblemática é mesmo *The Economics of Justice* (1981).¹⁰ O título desta última - “a economia da justiça” – como se vê, é bastante sugestivo. A seção II abaixo se desenha em torno do exame desta obra.

A seção III a seguir retoma os debates acerca da teoria da maximização da riqueza. Esses debates se iniciam com a furiosa reação à teoria, percorrem a defesa da teoria pelo autor, e finalmente desembocam no seu abandono.¹¹ A seção é concluída com a indicação da publicação em 1990 de *The Problems of Jurisprudence*,¹² já traduzida ao português (“Problemas de Filosofia do Direito”).¹³ Nesta obra, Posner reformula radicalmente sua teoria de justiça. Ao fazê-lo, expressamente rejeita sua teoria da maximização da riqueza e retorna à tradição jurídica americana por excelência, o pragmatismo jurídico. A seção IV conclui.

I. Ascensão: Eficiência como Método Analítico

O traço comum dos primeiros escritos de Posner foi um estudo dos incentivos criados pelas mais influentes interpretações e construções jurídicas da *Common Law* norte-americana. A hipótese de Posner é clara: os institutos da *Common Law* norte-americana evoluíram no sentido de prover incentivos para uma maior eficiência econômica, isto é, a maximização da riqueza medida em padrões monetários.

Minnesota: West, 1974 (com Frank H. Easterbrook), e "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis". *The Journal of Law and Economics* v. 19, pp. 249-307 (com William M. Landes).

⁹ POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago University Press, 1976. A transição é completada em um conjunto de obras publicadas nos anos seguintes, a saber: "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *The Journal of Legal Studies*, vol. 8, n. 1 (1979), pp. 103-140; "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication," 8 *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 487-598; "Contribution among Antitrust Defendants: A Legal and Economic Analysis," 23 *Journal of Law and Economics*, p. 331 (1980, em co-autoria com William M. Landes e Frank H. Easterbrook); "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis," 9 *Journal of Legal Studies* 517 (1980, em co-autoria com William M. Landes); e "The Economics of Privacy," 71 *American Economic Review Papers and Proceedings*, p. 405 (1981).

¹⁰ POSNER, The *Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981. Outras obras de Posner da década de 1980 que refletem a teoria “eficientista” do direito incluem "An Economic Analysis of Copyright Law," 18 *Journal of Legal Studies*, p.325 (1989, em co-autoria com William M. Landes); "Trademark Law: An Economic Perspective," 30 *Journal of Law and Economics*, p. 265 (1987, com Landes); "The Law and Economics Movement," 77 *American Economic Review Papers and Proceedings* 1 (1987); "Rethinking the Fourth Amendment," 1981 *Supreme Court Review* 49 (Philip B. Kurland, et al., eds.); e "The Positive Economic Theory of Tort Law," 15 *Georgia Law Review* p. 851 (1982, com Landes).

¹¹ De se notar, no entanto, que embora Posner tenha abandonado a teoria da maximização da riqueza, há ainda autores que defendem teorias semelhantes. Vide KAPLOW, Louis E SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

¹² POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

¹³ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O objeto de pesquisa de Posner são as principais doutrinas e construções jurídicas dos tribunais norte-americanos desde a proclamação da Constituição de 1787 até o século 20. E é a partir delas que Posner constrói aquela que se tornaria até hoje sua obra mais importante, *Economic Analysis of Law*. Na sua primeira versão, em 1973, o livro tratava apenas da análise econômica de temas típicos da *Common Law*: direitos de propriedade, contratos, responsabilização civil e criminal, e processo. Tratava, ademais, da intervenção do governo nos mercados, o que se deu através do exame do direito antitruste e tributário. E, finalmente, continha uma apresentação ao estudante de direito da teoria dos monopólios.

Ao longo das últimas três décadas, a obra foi sendo constantemente revista e ampliada. As edições mais recentes contêm uma gama amplíssima de temas: direito societário e falências, família e sucessões, relações de emprego, relações de consumo, processo e provas no processo, dentre outros.¹⁴ Essas versões recentes de *Economic Analysis of Law* contêm, ainda, a análise econômica de vários temas em direito constitucional como a separação dos poderes, a proteção de direitos, desapropriações, discriminação racial e religiosa, liberdade de expressão, liberdade religiosa, confissões, dentre outros. Há ainda uma discussão da economia do sistema federalista, particularmente no que toca à relação sempre conflituosa entre estados e governo central. Dada esta gama de temas, não surpreende que a última edição do livro contenha em torno de mil páginas.

Economic Analysis of Law é antes de tudo uma tentativa de descrição do fenômeno jurídico. A descrição do Direito no tempo é uma tarefa tipicamente desempenhada pela Sociologia Jurídica e pela História do Direito; Posner o fez a partir do ferramental microeconômico. *Economic Analysis of Law* é um livro-texto destinado a explorar implicações da teoria microeconômica aplicada ao direito, particularmente ao direito norte-americano. Seu público básico são estudantes de Direito com pouca familiaridade com a microeconomia e sem conhecimentos avançados de matemática.

A inovação de Posner neste livro não é tanto sua hipótese histórica – até certo ponto trivial e talvez parcialmente tautológica – mas o método utilizado para embasá-la. O campo de aplicação típico da microeconomia são os mercados. Se o preço dos tomates aumenta, o consumidor supostamente comprará menos tomates e os substituirá, digamos, por abobrinhas. Na ausência de abobrinhas e de outros alimentos, poderá simplesmente comer menos, e talvez vá passar fome, a não ser que seja ajudado por sua família, por uma entidade de caridade, ou pelo governo. Essencialmente, o que Posner faz é simplesmente extrapolar este tipo de raciocínio para a análise dos institutos jurídicos.

A inquietação que move Posner não é nova: será plausível supor que as pessoas sejam racionais apenas quando estão interagindo nos mercados, e irracionais agindo fora deles? Posner supôs que a resposta seria negativa. Assim procedendo, partiu da hipótese trabalhada inicialmente por Beccaria,¹⁵ e logo por Bentham,¹⁶ e retomada no século XX por Gary Becker,¹⁷ de que um mecanismo análogo de cálculo racional possa existir tanto nos “mercados explícitos” quanto nos “mercados implícitos”.

¹⁴ Aqui a referência é à chamada *Law of Evidence*.

¹⁵ Vide nota 39 *infra*.

¹⁶ Vide nota 37 *infra*.

¹⁷ Vide nota 43 *infra*.

Assim, construiu seu arcabouço analítico com base na hipótese de que o ajuizamento de ações, a realização de crimes, a ocultação de informações em juízo, a disposição para realizar acordos, e até mesmo a disposição para casar ou para ter ou adotar filhos sejam em boa medida resultantes de comportamentos instrumentais, em que os meios são adotados pelos indivíduos de modo a satisfazerem suas preferências individuais.

Em linha com as premissas metodológicas de modo geral adotadas pela *Escola de Chicago*,¹⁸ Posner utiliza a racionalidade como uma premissa instrumental para formulação de hipóteses.¹⁹ Um mercado pode comportar-se racionalmente (e, portanto, as “leis” de oferta e procura são úteis para prever conseqüências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada. A utilização da premissa de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios; o ponto é simplesmente o de que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja, é randômico).

Um aspecto freqüentemente negligenciado é o de que *Economic Analysis of Law* contém um argumento unificador, de natureza histórica. O fio condutor é a hipótese de que a *Common Law* norte-americana tenha evoluído no sentido de dar incentivos para tornar as relações sociais mais eficientes. A formação da *Common Law* poderia então, na visão de Posner, ser entendida como uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes.

Posner não procura demonstrar que *toda* decisão ou doutrina do *Common Law* seja eficiente. Para Posner, a hipótese da evolução da *Common Law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social mais amplo que está voltado à maximização da riqueza da sociedade.²⁰ Assim, a *Common Law* norte-americana ter-se-ia continuamente estruturado de forma a permitir que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo (embora não perfeitamente) dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.²¹

O livro *Economic Analysis of Law* se desenha, então, em torno do que Posner identifica como sendo as três forças motrizes da *Common Law*.²² Primeiro, o direito da

¹⁸ Sobre os reflexos da chamada *Escola de Chicago* na análise econômica do direito vide e.g. MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law— From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999; e SALAMA, *op. cit.*

¹⁹ Conforme descrita em FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*. Em *Essays in Positive Economics 3*. Chicago: Chicago University Press, 1953. Posner, contudo, não se prendeu à noção Popperiana de falsificabilidade. Discutindo o movimento de *Law & Economics* já nos anos 1990, Posner notou que “ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muitos mais a confirmação do que a falsificação”. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 487.

²⁰ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 25.

²¹ Note-se que *Economic Analysis of Law* se constrói a partir de pressupostos hipotéticos. Como observado por Arthur Leff em uma resenha sobre a primeira edição do livro, “é preciso notar imediatamente, e nunca esquecer, que na realidade as proposições básicas [de Posner] não são de modo algum empíricas. Elas são geradas a partir de ‘reflexão’ sobre um ‘pressuposto’ a respeito de escolha em condições de escassez e maximização racional [...]. Nada meramente empírico pode interferir em tal estrutura, porque ela é definicional. Isto é, os pressupostos podem prever como as pessoas se comportam: nesses termos, não há outra maneira através da qual as pessoas se comportam”. LEFF, Arthur. “Commentary, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*”, 60 *Va. L. Rev.* 451, 457 (1974).

²² POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, Nova Iorque: Little Brown and Co., 1973.

propriedade, que 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.

Chamada por alguns de estudo “microeficientista”, a metodologia utilizada por Posner parte do exame das instituições jurídicas concretamente identificadas. Essa metodologia é mais bem compreendida a partir de exemplos. Vejamos: sabe-se desde pelo menos o tempo de Adam Smith que a existência de propriedade privada incentiva a criação de riqueza ao encorajar a produção, facilitar os intercâmbios voluntários, e desincentivar as batalhas distributivas (inclusive o roubo). Mas se a transferência voluntária permite a criação de valor, indaga Posner, então o que justifica a existência de um instituto de transferência involuntária de propriedade tal qual o usucapião?

Um princípio de eficiência alocativa requer, em tese, que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível.²³ Mas o usucapião permite que o ocupante da terra adquira o título de proprietário independentemente do consentimento ou do pagamento de compensação ao proprietário original. Ora, se o comércio permite a criação de valor, como se poderia justificar a eficiência de uma regra que permite a transferência de propriedade forma unilateral?

Na opinião de Posner, a principal vantagem do usucapião é a de aumentar a segurança nas transferências de propriedade.²⁴ O potencial comprador que sabe que o atual possuidor ocupou a propriedade pelo período exigido em lei para usucapir um terreno, tem muito mais certeza de que o título que lhe é apresentado pelo potencial vendedor é válido. Daí por que o instituto do usucapião permite reduzir os custos de procura e de prova. Além disso, a maior certeza sobre a validade do título de propriedade tende a aumentar o preço de negociação dos imóveis e a estimular o mercado imobiliário.

Vejamos uma circunstância análoga em que o direito nega efeitos a uma interação econômica voluntária. O direito nega 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!). Do ponto de vista econômico, o motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está no reconhecimento de que tais atos tendem a reduzir o produto social. A tolerância do direito a atos realizados

²³ Neste particular, Posner sugere que a *Common Law* inglesa contenha uma história de esforços para tornar a terra mais facilmente transferível, tornando o mercado de terras mais eficiente.

²⁴ Este ponto foi depurado e retrabalhado em uma série de trabalhos posteriores. Vide por exemplo Baird, Douglas G. and Jackson, Thomas H. (1984), “Information, Uncertainty, and the Transfer of Property”, 13 *Journal of Legal Studies*, 299-320; e Netter, J.M., Hersch, P.H. and Manson, W.D. (1986), “An Economic Analysis of Adverse Possession Statutes”, 6 *International Review of Law and Economics*, 217-227.

sob coação 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 deveria 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. As firmas são então 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 “descritor”. Esta mudança de enfoque é a síntese da passagem para a sua segunda fase, descrita a seguir.

II. Apogeu: Eficiência como Critério Ético

No decorrer dos anos 1970 houve nos Estados Unidos três importantes tentativas de rearticulação de teorias de justiça a partir de concepções filosóficas contratualistas, a saber: *A Theory of Justice* (John Rawls, 1971)²⁵ (traduzido ao português);²⁶ *Anarchy, State, and Utopia* (Robert Nozick, 1974),²⁷ e *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (James Buchanan, 1975).²⁸ Cada uma dessas três obras se dedicou a fazer uma releitura moderna dos três grandes contratualistas clássicos: Rousseau, Locke e Hobbes.²⁹

A teoria efficientista de Posner também pode ser vista como uma rearticulação de teorias contratualistas. Embora Posner não utilize a expressão “teoria de justiça”, ele utiliza a expressão “teoria moral” (*moral theory*),³⁰ e aplica suas teorias morais a questões jurídicas. Daí por que me parece correto tratar suas concepções efficientistas também como integrantes de uma “teoria de justiça”. Dada a sua inspiração Hobbesiana e forte

²⁵ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

²⁶ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁷ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974.

²⁸ BUCHANAN, James M., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago: Chicago University Press, 1975.

²⁹ Conforme nota COOTER, Robert D. “Justice at the Confluence of Law and Economics”, 1 *Social Justice Research* 67 (1987).

³⁰ Vide por exemplo POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 115.

identificação com as teorias da chamada “escolha pública” (*public choice*),³¹ a teoria de justiça eficientista de Posner pode ser vista tanto como uma quarta teoria de justiça de inspiração contratualista, quanto como uma variação das teorias de Buchanan.

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, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade.”³² Esta concepção, diz Posner, “permite uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.”³³

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. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo.

A construção do argumento é sutil. Posner procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia Kantiana³⁴ e o utilitarismo Benthamiano³⁵. Para Posner, a ética da maximização de riqueza pode ser vista como “uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais”.³⁶ Assim, Posner imagina ser capaz de aproveitar-se seletivamente de apenas alguns aspectos de cada uma dessas tradições.

Vejamos: da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção de 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.

Para entendê-la, é preciso desmembrar seus argumentos. Vejamos, inicialmente, os pontos de contato da teoria eficientista e o utilitarismo Benthamiano. Em primeiro lugar, como dito acima, tanto o eficientismo de Posner quanto o utilitarismo de Bentham são espécies de teorias consequencialistas. Na filosofia, o consequencialismo é visão de que as propriedades normativas de uma conduta dependem fundamentalmente

³¹ A *escolha pública* utiliza as ferramentas analíticas da economia para questões tradicionalmente estudadas pela ciência política. Vide BUCHANAN, James M. e TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Michigan University Press, 1962.

³² Vide por exemplo POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 115.

³³ Id.

³⁴ Vide nota 66 *infra*.

³⁵ Vide nota 37 *infra*.

³⁶ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 66.

de suas conseqüências. Isso quer dizer que a moralidade de um ato há de ser determinada em função de suas conseqüências.³⁷

As raízes do conseqüencialismo estão no Iluminismo italiano, particularmente na obra do seu maior expoente, Cesare Beccaria.³⁸ No clássico *Dos Delitos e das Penas* (1764),³⁹ Beccaria formula o pressuposto utilitarista que viria posteriormente a influenciar um de seus atentos leitores, Jeremy Bentham. A saber, trata-se do pressuposto de que a lei deveria ser tal que orientasse as ações da sociedade com vistas obter a *máxima felicidade dividida pelo maior número*.

Beccaria sustentou, ainda, que é “melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida”.⁴⁰ Essas idéias estão não apenas na raiz do pensamento de Bentham, como também estão latentes nas análises da maioria dos economistas modernos; e na obra de Posner também.

Além do conseqüencialismo, Posner se vale também de um segundo ponto caro a Bentham: a idéia de que os indivíduos são maximizadores do seu bem-estar. Jeremy Bentham foi o primeiro a sugerir que indivíduos maximizam seu bem-estar em todas as suas atividades – da prática de crimes às relações familiares e políticas. Para Bentham, “os Homens calculam, alguns com menor precisão, de fato, outros com maior: mas todos os Homens calculam. Eu não diria nem mesmo que os loucos não calculam.”⁴¹

A visão Benthamiana mais conhecida dos estudiosos do direito está na sua análise dos procedimentos criminais.⁴² Bentham supôs que a decisão de cometer um crime poderia ser tão racional quanto a decisão de comprar ou vender um bem em mercado. Daí por que, para controlar os crimes, o governo deveria estabelecer um “preço” que fosse alto o suficiente para dissuadir as pessoas de praticá-los. O preço do crime seria o valor presente da sanção penal, que corresponderia à severidade da punição ponderada pela probabilidade de que a punição de fato fosse aplicada.⁴³

³⁷ O termo “conseqüencialismo” foi cunhado por G. E. M. Anscombe em artigo denominado “Modern Moral Philosophy”, de 1958 (vide *Philosophy*, vol. 33, no. 124, disponível em <http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>). Na obra, o termo é usado para descrever o que a autora via como o principal erro das teorias morais utilitaristas de Jeremy Bentham (1789) e John Stuart Mill (1861). Vide BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (trad. Luiz João Baraúna). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979; e MILL, John Stuart. *O Utilitarismo* (trad. Alexandre B. Massella). São Paulo: Iluminuras, 2000.

³⁸ POSNER, Richard A. *The Economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 49-50 (“Ainda que as origens do utilitarismo, assim como da economia, sejam anteriores [à obra de Adam Smith,] *A Riqueza das Nações* – elas podem ser encontradas nos escritos de Priestley, Beccaria, Hume e outros – o utilitarismo não atingiu um estágio de desenvolvimento comparável ao da economia até o trabalho de Bentham uma geração após [Adam] Smith”).

³⁹ Beccaria, Cesare, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª ed.

⁴⁰ Beccaria, Cesare, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª ed., p. 109.

⁴¹ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed. 1948, p. 298. Este trecho foi omitido da tradução ao português publicada pela Editora Abril, por isso a citação é tradução livre do autor do presente trabalho.

⁴² George Stigler sugere que Bentham tenha estabelecido as fundações para a moderna análise da área de microeconomia aplicada aos crimes. Vide George J. Stigler, “The Development of Utility Theory”, em *Essays in the History of Economics*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 66-155.

⁴³ Esta é na verdade a rearticulação moderna dada à teoria de Bentham pelo economista Gary Becker. Vide BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy*, vol. 76, pp.169-217 (1968).

O eficientismo de Posner é consequencialista, mas se pretende não-utilitarista. Para entender por que, comecemos retomando o conceito utilitarista básico. Escrevendo em fins do século XVIII, Bentham formulou a filosofia utilitarista a partir do “princípio da maior felicidade” (*greatest happiness principle*). Seu ponto de partida foi o de que “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que penamos”.⁴⁴

A partir daí, Bentham sustentou que a moralidade de um ato, política pública ou lei residiria na sua capacidade de gerar a maior quantidade de prazer para a maior quantidade de pessoas. Para tanto, propôs a utilização de um algoritmo que levaria em consideração as expectativas de intensidade e duração do prazer, o grau de certeza com que tal prazer seria produzido, o momento em que o prazer seria produzido, a quantidade de pessoas afetadas, e, finalmente, a fecundidade e pureza do prazer (que diziam respeito à possibilidade de que houvesse novas sensações de prazer ou dor derivadas da sensação original).⁴⁵

No que diferem, então, o eficientismo de Posner e o utilitarismo de Bentham? Essencialmente, no fato de que a medida de riqueza adotada por Posner é “valor econômico”, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é “felicidade”. Ou seja: em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de “valor econômico” (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner); em Bentham, a medida de justiça é a maximização de utilidade, ou de felicidade.

Esta resposta, contudo, deixa outra questão em aberto: o que é “valor econômico”? A definição do valor econômico tem perturbado os economistas desde que se começou a estudar economia de forma sistemática. Seria o “valor econômico” o mesmo que o “preço”? Será o valor de uso é igual ao valor de troca? Qual a relação entre “valor” e “trabalho”? Aqui não há necessidade de discutir essas questões em profundidade. Basta simplesmente ressaltar que a teoria da justiça de Posner pautou-se pela noção de “valor econômico” predominante na discussão econômica, e que pode ser traçada à obra de Adam Smith.

Assim, o “valor econômico” a que Posner alude quando formula sua tese eficientista tem um sentido específico e bem definido.⁴⁶ Trata-se essencialmente de quanto alguém está disposto a pagar por algo; ou, se o indivíduo já é dono desse “algo”, quanto precisaria receber para dele voluntariamente desfazer-se.⁴⁷ Trata-se, portanto, da soma

⁴⁴ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed. 1948, p. 125. Vide BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (trad. Luiz João Baraúna). 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Cap. 1, p. 3.

⁴⁵ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (trad. Luiz João Baraúna), 2ªed., São Paulo: Abril Cultural, 1979. Cap. 4, pp. 16-18.

⁴⁶ Na teoria eficientista de Posner, os termos “valor econômico” e “riqueza” são intercambiáveis.

⁴⁷ POSNER, Richard A. *The Economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 60-61 (“Valor e felicidade estão claramente relacionados: uma pessoa não compraria algo a não ser que a propriedade lhe desse mais felicidade, no sentido amplo utilizado pelos utilitaristas, que os bens e serviços alternativos (inclusive lazer) de que ela teria que abrir mão para ter a coisa. Mas enquanto valor necessariamente implica utilidade, utilidade não necessariamente implica valor. A pessoa que gostaria muito de ter algo mais não está disposto ou não tem

de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Não se trata, por outro lado, simplesmente do valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas.

Esse conceito de valor econômico é mais facilmente compreendido a partir de exemplos. Considere uma negociação para a compra e venda de uma coleção de selos entre A e B.⁴⁸ Suponha que A esteja disposto a pagar até \$1000 pela coleção de selos de B. Neste caso, sabe-se que a coleção vale \$1000 para A (afinal, A estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$1000). Suponha que B esteja disposto a vender a coleção de selos por pelo menos \$900. Neste caso, sabe-se que a coleção vale \$900 para B (porque B estará indiferente entre ter a coleção de selos ou \$900). Assim, se B vender a coleção de selos para A por, digamos, \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100 (isto é, o valor econômico total da sociedade será incrementado em \$1000).

Vejamos: antes da negociação, A tinha \$1000 em dinheiro e B tinha uma coleção de selos que valia \$900, representando uma riqueza total de \$1900. Após a venda dos selos, A tem uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e B tem \$1000, e isso quer dizer que o valor total após a venda é de \$2000. Ou seja: com a venda desta coleção de selos, a riqueza da sociedade foi maximizada em \$100.⁴⁹ Note que outros valores de venda não alteram a riqueza total que é gerada. Veja o que ocorrerá, por exemplo, se A pagar \$950 pela coleção de selos. Após a venda, A terá uma coleção de selos que vale \$1000 para si, e lhe sobrarão ainda \$50 (portanto A terá uma riqueza total de \$1050). B receberá \$950. No total, a riqueza da sociedade após a venda será também de \$2000.

Dessa ótica, a venda dos selos deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso esta compra e venda maximizou a riqueza da sociedade – independentemente dos efeitos sobre o PIB.⁵⁰ Este ponto tampouco é trivial, mas é importante: embora os conceitos andem próximos e estejam geralmente correlacionados, a noção de maximização de riqueza é diferente da noção de maximização do PIB ou de crescimento econômico.

Para entender como isto é possível, imagine que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana em uma empresa por um salário de \$1000. Então, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar salário inferior. Digamos, de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para este indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Note que neste caso a mudança de emprego gera valor, ainda que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que estará trabalhando menos).

condições de pagar por ela – talvez porque seja muito pobre – não valoriza o bem no sentido em que estou utilizando o termo “valor”.)

⁴⁸ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 477-478.

⁴⁹ Note que exemplos como esses fazem sentido desde que se considere que as interações econômicas não geram custos a terceiros (ou seja, que não haja externalidades); e ainda, desde que se desconsidere a utilidade marginal decrescente da renda.

⁵⁰ O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado.

A seguir, suponha, para ilustrar numericamente, que essas dez horas adicionais de lazer valham \$600 para este mesmo indivíduo (isso quer dizer que se o emprego inicial pagasse pelo menos \$1100 pelas quarenta horas de trabalho, este indivíduo não teria mudado de emprego). Nesse caso, a mudança de emprego deixará o primeiro empregador mais pobre. Mas quanto ele ficará mais pobre? Em princípio, menos do que \$100, porque se fosse mais do que \$100, então este primeiro empregador teria proposto um salário de pelo menos \$1100.⁵¹ Em suma, nas interações econômicas consensuais via mercado presume-se que algum valor seja criado justamente porque, de modo geral, as pessoas retêm a propriedade de seus bens porque cada um desses bens vale mais para seu proprietário do que seria possível obter com uma venda em mercado.

O efficientismo posneriano não é, portanto, um “utilitarismo aplicado”. Este ponto é fundamental, porque torna as críticas ao utilitarismo insuficientes para desqualificar o efficientismo. Referindo-se a alguns opositores da sua teoria efficientista, Posner notou que “seu procedimento é o de igualar a economia ao utilitarismo, e então atacar o utilitarismo. Se eles o fazem porque estão mais confortáveis com a terminologia da filosofia do que das ciências sociais, ou se o fazem porque desejam explorar a atual hostilidade filosófica ao utilitarismo, não é relevante. A questão importante é saber se o utilitarismo e a economia são distinguíveis. Eu acredito que sejam, e que a proposição normativa econômica que chamarei de ‘maximização da riqueza’ provê uma base mais sólida para uma teorização da ética do que o utilitarismo”.⁵²

As principais dificuldades associadas à filosofia utilitarista são amplamente conhecidas, e Posner jamais as ignorou. Ao contrário, ressaltou o que considerava serem dois problemas “insuperáveis” associados à ética utilitarista. Em primeiro lugar, o critério de felicidade seria impraticável.⁵³ Vejamos. Suponha que haja um consenso no sentido de que (do ponto de vista prescritivo) seja correto maximizar o prazer e minimizar o sofrimento do maior número de indivíduos que for possível. Ainda assim, diversas questões práticas e teóricas não poderiam ser adequadamente articuladas.

Eis alguns dos problemas: como mensurar a felicidade das pessoas? Será que todos os prazeres são iguais, ou haveria prazeres superiores?⁵⁴ Será que as preferências de um indivíduo sobre as condutas e pensamentos dos outros indivíduos devem ser protegidas? Imagine, por exemplo, que um indivíduo sofra um grande desconforto psicológico por saber que outras pessoas praticam outra religião, ou têm outra preferência sexual, ou têm outro gosto estético, literário, ou artístico - será que esta sua “desutilidade” deve entrar no cálculo de “felicidade agregada”?⁵⁵

⁵¹ Para simplificar, este exemplo ilustrativo exclui os efeitos da tributação, dos subsídios, e também dos possíveis comportamentos estratégicos das partes.

⁵² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 48.

⁵³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 52-56.

⁵⁴ Vide MILL, John Stuart, *A liberdade ; Utilitarismo* (trad. Eunice Ostrensky), São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191 (notando que “é melhor ser uma criatura humana insatisfeita do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito”).

⁵⁵ E isto não é tudo; há outras dificuldades práticas com a operabilidade do critério de felicidade. Será que a felicidade das gerações futuras deve ser considerada? Será que felicidade dos nascituros deve entrar neste grande cálculo? Se sim, deve-se considerá-la desde a fecundação, ou somente após um determinado número de meses de gestação? E ainda: será que a felicidade dos estrangeiros, deve ser considerada? E a dos inimigos em uma guerra? E a dos criminosos? E a felicidade dos animais? Se sim, de que animais? Somente os mamíferos, ou também outras espécies? Há mais. Suponha que se consiga superar todas essas questões. Será que se deve considerar a média, a mediana, ou o valor total de felicidade das pessoas?

Em segundo lugar, o utilitarismo poderia produzir os tão conhecidos “perigos do instrumentalismo”.⁵⁶ Como o cálculo de felicidade é extremamente impreciso, é possível deduzir políticas públicas e interpretações legais que vão desde a defesa de liberdades públicas tipicamente liberais, até a justificação das mais intrusivas formas de intervencionismo estatal. No limite, com o utilitarismo pode-se até justificar o genocídio.

Como nota Posner, o princípio da maior felicidade levava Bentham em duas direções opostas.⁵⁷ Por um lado, Bentham valeu-se da retórica utilitarista para defender a liberdade religiosa, o divórcio civil, o sufrágio universal, a racionalização dos sistemas de punições, a reforma do processo, a remoção de restrições desnecessárias para a liberdade econômica, e a defesa de outras melhorias sociais, ao lado de outras contribuições científicas.⁵⁸ Na discussão desses temas, Posner demonstra uma indisfarçável admiração por Bentham, a quem considerava um homem dotado de prodigiosa inteligência, energia, e boa vontade.⁵⁹

Por outro lado, não escapou a Posner o fato de que Bentham tenha utilizado a mesma retórica utilitarista para defender o que Robert Nozick chamou de “monstruosidade utilitarista”.⁶⁰ Bentham foi um pioneiro no desenvolvimento de técnicas de lavagem cerebral, tendo discutido seriamente, inclusive, a possibilidade de se tatuar o nome das pessoas nos seus corpos para facilitar a perseguição criminal.⁶¹

Em suas críticas a Bentham, Posner reprova também o desinteresse de Bentham pela pesquisa empírica e sua crença quase cega na eficácia e retidão dos governos. Reprova, ainda, sua “excessiva, ainda que tipicamente moderna, crença na plasticidade da natureza humana e das instituições sociais”.⁶² Essa crença, sugere Posner, teria levado Bentham a ignorar algumas lições fundamentais das duas principais revoluções dos fins do século XVIII. Bentham teria ignorado a lição “positiva” deixada pela Revolução Americana, relacionada às possibilidades de institucionalização pluralista com freios e contrapesos no Estado.⁶³ Bentham teria, igualmente, ignorado a lição “negativa” deixada pela Revolução Francesa, que seriam os chamados “perigos” do Jacobinismo.⁶⁴

O critério efficientista seria, então, superior ao utilitarismo por três motivos principais. Em primeiro lugar, porque estaria fundado na “disposição de pagar” e não na

⁵⁶ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 56.

⁵⁷ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 33.

⁵⁸ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 41.

⁵⁹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 40-41.

⁶⁰ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974. Para ficarmos com o exemplo do filósofo Alan Donagan, relatado por Posner: suponha que uma pessoa decida assassinar seu avô. O assassinato é feito de forma indolor e não pode ser descoberto por mais ninguém. O avô é um sujeito senil, maldoso, e infeliz. Com o assassinato, o avô se vê livre de sua existência miserável e os diversos descendentes têm a alegria de dividirem uma grande herança. Será que isso tornaria o assassinato justificável? A resposta é negativa; “ninguém pode seriamente duvidar que [este assassinato] é monstruoso”. (Alan Donagan, *Is There a Credible Form of Utilitarianism?*”, em *Contemporary Utilitarianism*, Michael D. Bayles (ed.), Garden City, N.Y., Anchor Books, 1968, pp. 187-188, *apud* POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p 57).

⁶¹ Outros legados de Bentham aos regimes totalitários podem ser encontrados em seus estudos sobre a auto-incriminação compulsória, a tortura, a existência de informantes anônimos, a abolição de sigilo na comunicação entre advogado e cliente, dentre outras.

⁶² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 46-47.

⁶³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 47.

⁶⁴ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp.42.

“felicidade”. Isso conferiria uma superioridade operacional ao critério de maximização da riqueza: é mais fácil adivinhar as preferências das pessoas onde o mercado livre funciona, do que adivinhar que medidas irão maximizar a felicidade subjetiva. O critério de maximização da riqueza, então, poderia superar as dificuldades de comparação de utilidade inter-pessoal típicas do utilitarismo. De quebra, superaria também os problemas relacionados à imprecisão das fronteiras temporais e espaciais do utilitarismo, e obstaría as *mostruosidades utilitaristas* de que tratara Nozick.

Em segundo lugar, o critério efficientista permitiria contornar – na verdade, ignorar – os problemas de justiça distributiva ligados à distribuição inicial de riqueza da sociedade. Na leitura de Posner, Bentham poderia ter ido ainda mais longe em direção ao estado totalitário se não estivesse convencido que um mínimo de segurança da propriedade privada era necessário para criar incentivos adequados para o trabalho produtivo. Ainda assim, como é bastante evidente, do ponto de vista lógico nada obsta à justificação do distributivismo sob argumentos utilitaristas. Por outro lado, sob o critério efficientista, a única forma de preferência que importa é aquela que pode ser expressada monetariamente. É fácil, então, ver como a tese efficientista impõe uma restrição bem mais estrita à distribuição não consensual.

Em terceiro lugar, o critério efficientista incentiva os esforços produtivos e criativos dos agentes. A lógica interna do critério de maximização da riqueza estaria fundada na valorização do trabalho e do pensar; já a lógica do critério utilitarista estaria mais fundada no apetite e no consumismo, nos valores hedonistas e epicuristas. Assim, o critério de maximização da riqueza acabaria por encorajar, também, virtudes tradicionalmente associadas ao progresso como o respeito à palavra dada, a revelação da verdade e o comportamento honesto. Tomadas em conjunto, essas virtudes facilitariam a cooperação em sociedade, que é condição para o aumento da riqueza.

Após aproveitar-se seletivamente do utilitarismo, Posner irá fazer o mesmo com o seu contraponto na filosofia moral, o “Kantismo”. De um modo geral, o contraponto às teorias consequencialistas, das quais Bentham figura como ícone e maior expoente, pode ser encontrado nas teorias deontológicas.⁶⁵ A deontologia é o ramo da ética cujo objeto de estudo reside na discussão dos fundamentos do dever e das normas morais. O ponto central para distinguir a deontologia do consequencialismo reside no fato de que deontologia enxerga a justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências. Do ponto de vista da deontologia, a justiça depende de um, ou de alguns, princípios de justiça.

Kant propusera que a moralidade estaria fundada em normas morais categóricas.⁶⁶ Uma norma moral categórica, no sentido Kantiano, existe de maneira independente dos desejos, interesses e finalidades do indivíduo. A norma categórica “trabalhe duro” poderia ser um exemplo de norma ética categórica (“categórica imperativa”, no sentido Kantiano). Uma norma imperativa categórica como essa se oporia a uma norma hipotética imperativa, de que seria exemplo a proposição “se quiser ser admirado, trabalhe duro”. Para Kant, as normas morais são absolutas. Violar um categórico imperativo seria, portanto, moralmente inaceitável, mesmo nas circunstâncias em que houvesse consequências mais positivas da violação do que do cumprimento.

⁶⁵ As teorias consequencialistas são também chamadas de teleológicas.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004.

É bom notar, antes de tudo, que em sua crítica ao Kantismo, Posner não está preocupado em criticar especificamente a obra de Immanuel Kant. Ao contrário, Posner utiliza o termo “Kantismo” para se referir a um amplo grupo de teorias éticas que “subordinam o bem-estar (*social welfare*) a noções de autonomia do ser humano e auto-respeito como critérios de conduta ética”.⁶⁷ Nem todas as teorias deste grupo são necessariamente idênticas àquelas contidas nos escritos de Immanuel Kant, e muitas são até mesmo bastante diferentes.⁶⁸ Daí porque Posner evita defini-las de modo muito estreito. O “Kantismo” a que Posner se refere é, então, composto pelo grupo de teorias filosóficas que, de um modo geral, estão centradas no princípio de que há coisas que são absoluta e intrinsecamente “erradas”, independentemente do bem que possam fazer a um indivíduo ou à sociedade em geral.

A crítica de Posner a este “Kantismo” se dá a partir da discussão dos casos-limite da filosofia anti-consequencialista. “Se a monstruosidade é um perigo do instrumentalismo,” observa Posner, “a debilidade moral, ou fanatismo, é o perigo dos teóricos Kantianos.”⁶⁹ O “fanatismo” Kantiano seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Posner estrutura sua crítica a este anti-consequencialismo radical a partir de uma adaptação de um exemplo clássico empregado pelo filósofo inglês Bernard Williams.⁷⁰

Suponha que em um país não democrático, Tiago seja hóspede de um policial. Este policial irá executar um grupo de prisioneiros políticos. O policial faz uma proposta a Tiago: se Tiago atirar em um dos prisioneiros, os demais serão soltos. Mas se Tiago rejeitar a proposta, o policial irá executar todo o grupo. A solução apresentada por Bernard Williams é a de que Tiago não deve atirar em nenhum prisioneiro. Haveria uma diferença essencial entre fazer o mal, e deixar de prevenir o mal. Atirar em um dos prisioneiros seria fazer o mal, mesmo que o fim último fosse salvar os demais; seria, por isso, uma atitude moralmente errada.

Posner rejeita a solução de Williams. Diz Posner, “a diferença [entre fazer o mal e deixar de preveni-lo] é difícil de enxergar no exemplo”.⁷¹ Afinal, se Tiago rejeitar a proposta do policial, todos os prisioneiros morrerão; se ele a aceitar, todos, exceto um, serão salvos. A rejeição da parte de Tiago seria um exemplo do que Posner chamou de fanatismo Kantiano.

Posner observa que a estratégia dos Kantianos para evitar o fanatismo é criar exceções aos deveres categóricos. Assim, “[os Kantianos] dirão que a tortura é errada mesmo que possa ser demonstrado (como Bentham acreditava) que na média aumenta a felicidade do maior número, mas irão então admitir que a tortura não seria errada se fosse necessária para salvar toda a humanidade”.⁷²

⁶⁷ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 55, NR 21.

⁶⁸ A introdução do termo “Kantismo” como uma mera forma de aproximação não-utilitarista deve-se a Bruce Ackerman. Vide ACKERMAN, Bruce. *Private Property and the Constitution*, New Haven and London: Yale University Press, 1977, p. 71-72.

⁶⁹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷⁰ WILLIAMS, Bernard. “A Critique to Utilitarianism”, *apud* POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷¹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

⁷² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58.

Ora, diz Posner: a partir do momento em que se admite a realização de tortura em uma situação tão extrema quanto salvar toda a humanidade, não há mais nenhum óbice lógico para a realização de um cálculo de custo e benefício para se admitir uma conduta que estaria categoricamente normatizada. “E se fosse necessário matar dois inocentes para salvar 200 milhões de norte-americanos – dez para salvar três milhões de habitantes de Chicago – vinte para salvar sessenta mil residentes de um bairro de Chicago?”⁷³ Não há, desde o ponto de vista lógico, como interromper este cálculo. Só que quando se aceita que este cálculo é concebível, então se torna forçoso aceitar também que as conseqüências importam para a moralidade das condutas.

A fim de evitarem o fanatismo, os Kantianos modernos teriam uma tendência a se tornarem parcialmente utilitaristas – ou, pelo menos, parcialmente consequencialistas. Para darem conta dos seus problemas, as teorias éticas Kantianas teriam uma tendência de fundirem-se com o utilitarismo. A filosofia moral de John Rawls seria, na visão de Posner, um exemplo desse movimento de fusão. Posner nota que “embora as premissas [de Rawls] sejam Kantianas e ele rejeite o utilitarismo por ‘não tomar a sério as diferenças entre as pessoas’, [Rawls] define justiça como o resultado de escolhas coletivas feitas por indivíduos na ‘posição original’, isto é, despidos de todas as suas características individuais”.⁷⁴

Assim, para Posner, o princípio de justiça Rawlesiano em muito lembraria o princípio de Bentham de maximizar a igualdade de renda entre as pessoas, sujeito à limitação de preservar os incentivos para que as pessoas sejam produtivas. Desse modo, diversas implicações concretas da teoria de Rawls tenderiam a tornarem-se tão indefinidas quanto as implicações concretas do utilitarismo de Bentham.⁷⁵

Mas Posner acreditou que sua rejeição ao Kantismo fosse apenas parcial: sua teoria efficientista preservaria, pelo menos em parte, a noção de “autonomia” Kantiana. Como se sabe, a autonomia Kantiana se sintetiza na proposição de que “deve-se tratar as pessoas como fins e não como meios”. Posner inicia a construção do raciocínio analisando criticamente as diversas acepções do termo eficiência. A seguir, localiza a ética de Pareto⁷⁶ na tradição filosófica Kantiana. Após isso, apresenta os limites da ética de Pareto, situando sua ética efficientista próxima ao Kaldor-Hicks.⁷⁷ Posner então descreve o critério de Kaldor-Hicks como uma construção ética fundada *em parte* em uma concepção Kantiana de “consenso”. Soa complicado, e de fato o argumento é intrincado; por isso vamos passo a passo.

O termo “eficiência” possui diversas acepções. Para os fins da discussão das supostas bases Kantianas da teoria de maximização de riqueza de Posner, interessam-nos duas acepções: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.⁷⁸

⁷³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p.58-59.

⁷⁴ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 59.

⁷⁵ Provavelmente não causaria surpresa a Posner o fato de que o economista *welfarista* John Harsanyi houvera antecipado o princípio de justiça Rawlesiano (escolha racional por pessoas em uma posição original) em mais de uma década. Vide HARSANYI, John C. Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking. *The Journal of Political Economy*, Vol. 61, No. 5 (Oct., 1953), pp. 434-435.

⁷⁶ Vide nota 79 *infra* e SALAMA, *op. cit.*

⁷⁷ Vide nota 85 *infra* e SALAMA, *op. cit.*

⁷⁸ Para uma discussão mais detalhada vide por exemplo COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley, 4a. ed. pp. 16-17, e p. 48.

Começemos pela eficiência Paretiana. Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima (isto é, eficiente) no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.⁷⁹ Da perspectiva Paretiana, portanto, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua.⁸⁰

O italiano Vilfredo Pareto concebera o conceito de “melhora” como uma forma de resolver o principal problema prático do utilitarismo – a impossibilidade de mensuração de felicidade. Geralmente, a única forma de se constatar a existência de uma “melhora” de Pareto é demonstrando que todos os envolvidos consentiram com a mudança.

Voltemos ao já mencionado exemplo em que A compra de B uma coleção de selos por \$950. Se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para A da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$950, e que a utilidade de \$950 é maior para B do que a coleção de selos. Daí por que, *desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros*, a venda é uma melhora no sentido de Pareto.

A chamada “ética de Pareto” está fundada na idéia de que somente mudanças baseadas em consenso – isto é, somente mudanças que causam melhoras de Pareto – seriam aceitáveis. Posner nota que o consenso é um critério ético “congenito” à tradição Kantiana de preservar a autonomia individual e de tratar as pessoas como fins, e não como meios. A ética de Pareto poderia então ser localizada na tradição filosófica Kantiana.⁸¹

Como uma primeira aproximação, haveria, desse modo, uma convergência entre o princípio de maximização da riqueza e o princípio Kantiano de autonomia. Esta convergência surgiria porque as relações em mercado são em princípio consensuais. A proteção da possibilidade de que as partes interajam em mercado teria o duplo efeito de permitir a maximização da riqueza (porque as trocas tendem a gerar valor, conforme descrito acima) e de proteger a autonomia e a liberdade.⁸²

Mas o exemplo estilizado da venda de coleção de selos acima mencionado esconde a principal carência do critério de Pareto. Naquele exemplo, consideraram-se apenas os efeitos e motivações de A e B, que seriam os dois únicos envolvidos. Acontece que as interações econômicas costumam gerar efeitos sobre terceiros. Trata-se, no jargão da economia, da questão das “externalidades”. Por causa das externalidades, o critério de

⁷⁹ É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando portanto indiferentes).

⁸⁰ Aqui, a noção de melhora é subjetiva e diz respeito às preferências de cada indivíduo; ou seja, um indivíduo melhora quando ele prefere uma nova configuração, qualquer que seja ela.

⁸¹ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 89. Ao localizar a ética Paretiana na tradição Kantiana, Posner teve pelo menos o cuidado de notar que “o consenso [...] é a base operacional da superioridade de Pareto. Não é sua base teórica, pois a superioridade de Pareto [foi concebida] como um instrumento da ética utilitarista.”

⁸² POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 90.

Pareto oferece uma solução apenas aparente – não uma solução real – para o problema da mensuração de utilidade.

Embora o critério de Pareto seja bastante útil para avaliar operações específicas (esta ou aquela compra de selos), ele é insuficiente para avaliar *classes* de operações. Posner utiliza como exemplo a discussão sobre se deve haver um preço máximo (“teto”) ou se deve vigorar o livre-mercado para a negociação de tomates.⁸³ Suponha que já exista esse teto. Deve-se removê-lo? Dependendo das circunstâncias, a remoção do teto provavelmente resultará num aumento do preço de negociado no mercado oficial, numa redução do preço do tomate negociado no mercado negro, e num aumento da quantidade de tomates produzidos; e talvez na redução da quantidade de abobrinhas produzidas. Além disso, a remoção do teto dos preços de tomates tenderá a causar um aumento no valor dos aluguéis pagos para os proprietários de terras voltadas à produção de tomates, na redução dos preços dos alimentos sucedâneos (como v.g. as abobrinhas); dentre muitos outros efeitos.

Ora, dada a quantidade de questões e de interesses envolvidos, será impossível identificar – muito menos negociar – a obtenção do consenso de todos os envolvidos na mudança na regulação dos preços dos tomates em mercado. Na prática, haverá ganhadores e perdedores com a mudança legal que remova o teto. Generalizando este exemplo, a ética de Pareto (baseada em melhorias em que não há “perdedores”) é inaplicável à quase totalidade das questões envolvidas na política pública e no Direito, porque o consenso é geralmente inatingível.

Diante dessa dificuldade, o critério de Pareto não poderia ser a acepção de “eficiência” utilizada por Posner em sua teoria de justiça.⁸⁴ A concepção de eficiência de Posner anda próxima ao chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Suponha que uma mudança qualquer – por exemplo, a edição de uma nova lei, ou uma mudança na forma com a qual uma lei é normalmente interpretada – beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”), mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Como discutido acima, pelo critério de Pareto tal mudança não poderia jamais ser vista como eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças).

Isso quer dizer que, pelo critério de Pareto, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada. Afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse boa parte ou a quase totalidade da sociedade. O critério de Pareto, se utilizado como norte para a construção jurídica, faria então com que a lei perdesse toda a sua plasticidade, fatalmente condenando a sociedade à petrificação, ao imobilismo e à injustiça.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam.⁸⁵ Desse modo, o

⁸³ POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 89.

⁸⁴ Vide DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?” *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp.191-226.

⁸⁵ Vide KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, 49 *Econ J* 549-552 (1939).

critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja “perdedores”.

Pode-se ilustrar o sentido do critério de Kaldor-Hicks com um exemplo recente da cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores”.

Note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder.⁸⁶ Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra. Ao defender que a eficiência seja guia ético para o direito Posner está, na realidade, abraçando o critério de Kaldor-Hicks; não o ótimo de Pareto.

Do ponto de vista analítico, o critério de Kaldor-Hicks permite tratar separadamente o problema da eficiência (vista como maximização da riqueza) do problema da sua distribuição. Isto é, ele permite tratar analiticamente de maneira diversa os problemas do “tamanho da pizza” e da “distribuição dos seus pedaços”. Mas, como é óbvio, do ponto de vista político esses problemas estão imbricados. Por outro lado, como se vê, o critério de Kaldor-Hicks está *prima facie* em contradição com o critério de Kantiano de autonomia e consenso. Afinal, ele pressupõe a existência de perdedores (ainda que, como se viu, as perdas desse grupo são inferiores às perdas dos “ganhadores”).

Deparando-se com o problema ético posto por esta contradição, o próprio Nicholas Kaldor – naturalmente, um dos pais do “critério” que leva seu nome – oferecera o argumento de que o governo poderia sempre compensar esses perdedores, de modo a torná-lo pelo menos indiferentes à mudança.⁸⁷ Ou seja, o governo poderia transformar uma melhora de Kaldor-Hicks em uma melhora de Pareto.

O problema deste argumento é o de que ele é ingênuo. O argumento implicitamente pressupõe que o governo irá agir em bases éticas, o que evidentemente nem sempre ocorre.⁸⁸ Essa circunstância põe, então, o problema da possibilidade de compatibilização entre a maximização de riqueza, espelhada no critério de Kaldor-Hicks, e a condição Kantiana de permissão de mudanças pela via consensual. A resposta de Posner a esse desafio foi a de que os dois preceitos – maximização de riqueza e consenso – seriam compatibilizáveis a partir do critério de “compensação *ex ante*”.⁸⁹

A idéia de compensação *ex ante facto* pode ser mais facilmente compreendida através de um exemplo. Suponha que uma empresa decida fechar uma fábrica na cidade A e

⁸⁶ E a bem da verdade, uma boa questão jurídica é se não houve de fato o que a doutrina americana chama de “regulatory taking”, ou expropriação regulatória.

⁸⁷ Vide KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, 49 *Econ J* 549-552 (1939), p. 550.

⁸⁸ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 93.

⁸⁹ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.

abrir uma nova fábrica na cidade B.⁹⁰ Suponha, a seguir, que essa mudança faça com que o valor das propriedades na cidade B aumente, e na cidade A diminua. Isso quer dizer, portanto, que os demais moradores de B terão um ganho, e os de A terão uma perda. O critério de Pareto poderia sugerir que a mudança de endereço da fábrica somente seria eficiente se os moradores de A recebessem uma compensação (isto é, uma indenização correspondente à diminuição do valor de suas propriedades).

Contudo, Posner considera esta visão míope. Ela ignora o fato de que os proprietários de A já podem ter sido compensados *ex ante facto* pelas suas perdas. Isso porque o preço de compra originalmente pago por suas propriedades na cidade A já refletia, de alguma forma, a possibilidade de que a fábrica um dia poderia mudar-se para outra cidade. Se fosse claro que a fábrica jamais poderia sair de A, o preço original de suas propriedades teria sido mais alto. A redução no preço *originalmente* pago pelas propriedades na cidade A seria, portanto, a própria compensação *ex ante facto*.

A compensação *ex ante facto* seria comparável a uma perda sofrida por um indivíduo que compra um bilhete de loteria e perde.⁹¹ Cada perda é o resultado de uma aposta voluntária que é plenamente compensada no momento da compra do bilhete de loteria. O argumento é o de que “a pessoa que compra um bilhete e perde o sorteio ‘consentiu’ com a perda, desde que não tenha havido fraude ou coação”.⁹² Nesses casos, há “consenso” (daí a base Kantiana), mesmo que o consenso seja tácito.⁹³

Sobre todas essas fundações conceituais se constrói o edifício da teoria da maximização da riqueza.

III. Queda: Eficiência subordinada ao Pragmatismo

A seção acima mostrou que o critério de maximização da riqueza, alçado à condição de fundação ética para o direito, possui duas idéias centrais. Primeiro, sua definição parte de uma base monetária. Justiça e aumento da riqueza medida em dinheiro se entrelaçam. Implícitas estão, portanto, as seguintes noções: (i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as conseqüências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado.

⁹⁰ Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 90-91.

⁹¹ Esses exemplos mostram como o conceito de compensação *ex ante facto* se coaduna com o critério de maximização da riqueza *nos intercâmbios realizados nos mercados*. Mas a compensação *ex ante* teria um alcance maior do que apenas as operações realizadas em mercado. Posner sustenta que muitas das perdas sofridas pelas pessoas (nos mercados e fora deles) poderiam ser objeto de compensação *ex ante facto*. A explicação do raciocínio é complexa e não pode ser tratada satisfatoriamente aqui. Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., pp. 94-99.

⁹² Vide POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.

⁹³ Outro exemplo: suponha que um empresário perca dinheiro porque o competidor desenvolveu um produto superior. Esta perda foi compensada *ex ante facto*, porque o retorno sobre o investimento originalmente feito pelo empresário inclui um prêmio para cobrir o risco de perdas por causa da competição. Ou ainda: suponha que um empresário perca dinheiro porque o competidor desenvolveu um produto superior. Esta perda foi compensada *ex ante facto*, porque o retorno sobre o investimento originalmente feito pelo empresário inclui um prêmio para cobrir o risco de perdas por causa da competição. POSNER, Richard A. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 94.

Segundo, a maximização da riqueza repousa sobre uma idéia de consentimento dos indivíduos como indicação do valor dos bens. Mas, como explicado acima, não é o preço de mercado a correta indicação de valor, mas sim o preço que os indivíduos estariam dispostos a pagar. A riqueza da sociedade é função do valor monetário subjetivamente atribuído aos bens e serviços, concebidos de maneira ampla.⁹⁴

Não é preciso grande imaginação para prognosticar o fato de que essa tese foi extremamente polêmica. Posner passou boa parte da década de 1980 defendendo-se de seus críticos – juristas, filósofos e economistas. Em 1985, quatro anos após sua nomeação pelo presidente Ronald Reagan para o cargo de juiz do Sétimo Circuito, publicou um artigo denominado *Wealth Maximization Revisited* (“Maximização da Riqueza Revisitada”).⁹⁵ Nesta obra, Posner iniciou seu processo de reconsideração da sua posição.

Confira-se: “há alguns anos, eu publiquei um artigo em que defendi a tese de que a ‘maximização da riqueza’ estabelece uma norma atraente para escolhas sociais e políticas, tais como aquelas feitas pelos tribunais quando instados a determinar se a responsabilização civil deve estar baseada na culpa (responsabilização subjetiva) ou na própria ação (responsabilização objetiva). Este artigo deu ensejo a uma enxurrada de críticas, às quais eu respondi – sem lograr convencer a maioria dos meus críticos. Eu estou contente em poder ter a oportunidade de reconsiderar minha posição. Talvez por causa da minha nova perspectiva como juiz, eu me tornei um pouco mais simpático às críticas que recebi – mas apenas um pouco mais.”

Neste primeiro momento, a “reconsideração” de Posner foi bastante modesta. Ao final, seu argumento reforçava sua convicção de que a maximização da riqueza seria no mínimo tão protetiva dos direitos e liberdades individuais quanto os demais critérios defendidos pela tradição liberal. A maximização da riqueza estaria, então, firmemente assentada na filosofia liberal ocidental – nomeadamente (e claro, seletivamente) em Locke, Kant, Jefferson e acima de tudo em Hobbes. A discussão da teoria eficientista nos termos da filosofia política, por outro lado, parece ter sensibilizado Posner para uma série de desafios teóricos tratados de forma um pouco apressada em *Economics of Justice*. Mas a guinada teórica ainda levaria cinco anos.

Posner debateu arduamente com seus críticos por alguns anos. Algumas das principais críticas endereçadas à tese eficientista, e alguns dos principais contra-argumentos, estão resumidos adiante.

A primeira crítica à teoria da maximização da riqueza sustentou que diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) são defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor. Os direitos individuais têm valor *per se*; não são meros instrumentos de maximização da riqueza.

O contra-argumento de Posner é o de que em uma sociedade multifacetada (como a norte-americana) não haveria consenso sobre as implicações reais dos valores morais abstratamente tutelados. Ao sopesar custos e benefícios, o critério de maximização

⁹⁴ HARNAY, Sophi e MARCIANO, Alain. Posner: L'Analyse Économique du Droit. Paris, Michalon, 2003, p. 70.

⁹⁵ POSNER, Richard A. “Wealth Maximization Revisited”, 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 85 (1985-1987).

permitiria chegar-se a soluções palpáveis. As soluções da filosofia moral, ao contrário, são apenas aparentes ou retóricas.

A segunda crítica foi a de que a maximização de riqueza perigosamente ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade. As alocações originais podem ser injustas, e o critério eficientista não faz senão perpetuar a injustiça. Por causa disso, a maximização seria no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador.

Posner admitiu que a distribuição original é arbitrária, e repousa principalmente sobre a sorte. Mas o sacrifício de preocupações igualitaristas encerrado na tese eficientista viria em contra-partida de um reforço das virtudes e da recompensa à produtividade e ao trabalho individual. Além disso, critérios de justiça que desconsiderem as conseqüências previsíveis seriam igualmente incompletos. Ao fim, Posner reconheceu que não há como justificar, da ótica eficientista, que indivíduos produtivos sustentem indivíduos improdutivos. Como Posner não rejeitou por completo o estabelecimento de algum nível de seguridade social, seu argumento, neste ponto, entrou em um curto-circuito lógico.

A terceira crítica foi a de que a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo; e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo. Ora, com isso, teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis. Afinal, a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade. Em última análise este argumento é simplesmente o de que a maximização da riqueza é, no fim das contas, apenas mais uma forma de utilitarismo.

Já observamos a distinção traçada por Posner entre o eficientismo e o utilitarismo. Posner contestou a equiparação entre ambas sugerindo que da ótica da maximização da riqueza os direitos individuais teriam importância singular. Um dos exemplos utilizados por Posner foi o de que as políticas genocidas da Alemanha nazista seriam potencialmente defensáveis sob a ótica utilitarista, mas não sob a ótica eficientista.

A quarta crítica diz respeito à operabilidade do critério de maximização da riqueza: se a ciência econômica não consegue sequer prever com grande sucesso o funcionamento dos mercados explícitos, então é de se esperar que fora deles seu resultado seja ainda pior. Afinal, nos mercados implícitos, os preços sequer são postos; são apenas pressupostos. A discussão filosófica sobre a maximização da riqueza seria então inócua. Ela não teria sentido prático, independentemente dos seus méritos filosóficos. Em sua defesa, Posner argumentou que o critério de maximização de riqueza seria operável, ao menos no âmbito das atividades dos juízes da *Common Law* norte-americana. Para Posner, a eficiência seria um conceito de justiça que poderia plausivelmente ser imputado aos juízes da *Common Law*.”

Finalmente, a quinta crítica à teoria da maximização da riqueza se resume ao argumento de que o sistema jurídico está necessariamente calcado em valores; só que a eficiência não é um valor. Ou então, se for um valor, trata-se de um valor repugnante à maioria das pessoas. Por um lado, a maximização da riqueza não leva a sério a importância dos direitos inalienáveis, e, assim procedendo, permite qualquer escolha voluntária, por

mais desumana que seja. Por outro lado, não dita regras políticas em matéria de caridade e de auxílio aos necessitados.

Em sua defesa, Posner argumentou que o critério de maximização estaria também cingido pela constituição, que chancela apenas determinadas escolhas. Já dando mostra de suas inclinações pragmáticas, Posner dirá que as regras são válidas aqui e agora: as ponderações últimas sobre valores são contingentes.

Em 1990, Posner jogou a toalha. Naquele ano, com a publicação de “Problemas de Filosofia do Direito”, Posner definitivamente 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”.⁹⁶

E, deste modo, Posner reviu sua posição, desta feita de maneira radical. Ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar 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 norte-americano. Estas, dirá Posner mais tarde, incorporam intuições utilitaristas, sem a elas se resumirem: seria preciso adicionar ao caldeirão teórico o liberalismo e o pragmatismo arraigados à cultura política norte-americana.⁹⁷

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais no seu abandono da teoria da maximização da riqueza, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período da sua mudança de posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin⁹⁸ – 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.”⁹⁹ O artigo de Dworkin ao qual Posner se referia era o célebre *Is Wealth a Value* (“A Riqueza é um Valor?”),¹⁰⁰ em que Dworkin defendeu o já mencionado argumento de que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça: a eficiência não é um valor, e a justiça requer valores.

O que Posner sugere tenha sido um “exagero” de Dworkin estaria provavelmente no ponto de partida da crítica de Dworkin. Ao criticar a teoria efficientista de Posner, Dworkin pressupusera, incorretamente, que o critério de eficiência de Pareto seria “o sentido usual [de eficiência] dentre a profissão [de economistas]”. Isso não é necessariamente verdadeiro, já que o termo eficiência pode ser entendido simplesmente

⁹⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503.

⁹⁷ Esta é a tese de fundo de POSNER, Richard A., *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, Introdução, pp. 1-29.

⁹⁸ Vide nota 84 *supra*.

⁹⁹ POSNER, Richard A. “Tribute to Ronald Dworkin”, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007).

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?” *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp.191-226.

como uma relação de maximização dos resultados a partir de uma ponderação entre custos e benefícios. Este ponto é importante porque, como vimos, a teoria efficientista não se resumia a uma mera aplicação da ética de Pareto. Daí por que o tributo de Posner a Dworkin, ao lado de conter passagens laudatórias, esteve permeado por insinuações de que Dworkin não fora um leitor suficientemente atento das obras que teria tão insistentemente atacado.

Fato é que já há duas décadas Posner passou a defender uma noção bastante particular de pragmatismo jurídico. O pragmatismo jurídico de Posner descende – porém distingue-se – do pragmatismo filosófico. Da mesma forma que Posner se referiu a “Kantismo” sem querer tratar exclusivamente da obra de Kant, sua concepção de pragmatismo não se funda sempre nas concepções filosóficas pragmatistas, e na concepção da filosofia pragmática de “verdade” em particular. O pragmatismo de Posner é uma espécie de “practicalismo”; uma “arte” de aplicar e formular o direito sem fundações filosóficas.

A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras.

IV. Considerações Finais: A Análise Econômica do Direito e Seus Rumos

Para além da discussão meramente teórica sobre as fundações teóricas da análise econômica do direito, há um sentido importante em desmistificar a teoria efficientista de Posner. Trata-se de ressaltar o fato de que a análise econômica não se limita a discutir o papel da eficiência da determinação do justo. No Brasil, a obsessão com essa questão tem consistentemente desviado a atenção do estudioso da existência de um outro nível de análise na que é meramente descritivo/explicativo da realidade jurídica e que, portanto, não se relaciona diretamente com essa discussão do papel da eficiência na formulação do dever-ser jurídico.

Coloquemos a questão de forma clara e direta. Se a economia não fornece um guia ético adequado para o direito, cabe perguntar: de que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? A resposta é a de que economia é uma ferramenta importante para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

Tomemos o seguinte exemplo ilustrativo. Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.¹⁰¹ Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o

¹⁰¹ Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE), Projeto de Lei nº 45/06. O argumento apresentado em defesa do projeto de lei foi o de que a oferta de condições mais vantajosas para novos consumidores ensejaria uma presunção de que os termos do contrato anteriormente firmado com os consumidores antigos teriam se tornado excessivamente onerosos, justificando sua revisão em favor desses consumidores antigos.

mesmo benefício. O fim normativo da medida, naturalmente, seria o de proteger os consumidores.

Os meios jurídicos propostos, contudo, não são adequados a esses fins. A nova regra induziria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. – ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estará prejudicando a maioria, deles.

A pertinência entre meios jurídicos e fins normativos é, então, a chave para se entender por que a economia importa para o profissional e o estudioso do direito. Quando há uma grande quebra nessa relação, o debate no campo dos valores protegíveis pelo direito entra em curto-circuito. Nesses casos, não há outra saída senão apelar para uma ferramenta descritiva do mundo. E microeconomia oferece instrumentos úteis para tanto.¹⁰²

A partir da análise entre meios jurídicos e fins normativos é possível pensar em vários temas importantes. Esses incluem a justificativa econômica da ação pública, a análise de modo realista dos institutos jurídicos e das instituições burocráticas, e a definição dos papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas. A análise econômica desempenha, então, um papel limitado, embora importante, no debate jurídico.

A questão, como se vê, não é se eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. A contribuição de Posner, quando bem compreendida e posta em perspectiva, é um capítulo importante deste debate.

¹⁰² Para uma discussão detalhada do tema, vide SALAMA, *op. cit.*