

## **Maximização de riqueza como princípio normativo – a primeira rodada do debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin**

### **Wealth maximization as a normative principle – The first round between Richard Posner and Ronald Dworkin**

**Thais Nunes de Arruda**

Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

#### **Resumo**

O presente artigo tem por objetivo apresentar, em linhas gerais, a contribuição de Richard Posner para o movimento da Análise Econômica do Direito, a partir da adoção da eficiência econômica como critério de criação e interpretação do direito. Após tal apresentação, passaremos à crítica de Ronald Dworkin envidada à ética da maximização da riqueza e da eficiência e ao debate que se seguiu entre os dois autores no final da década de 1980. O objetivo do presente artigo será demonstrar que a reflexão de Posner a respeito dos fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito será determinante para o novo direcionamento teórico pragmático por ele adotado já na década subsequente.

#### **Abstract**

This article aims at presenting, in general, the contribution of Richard Posner to the movement of the Economic Analysis of Law, from the adoption of economic efficiency as a criterion for the creation and interpretation of the law. After this presentation, we will observe Ronald Dworkin's critics about the ethics of wealth maximization and efficiency and the debate that ensued between the two authors in the late 1980s. The aim of this paper is to show that the reflection Posner about the philosophical foundations of law and economics will determine the new theoretical direction pragmatic for him already adopted in the subsequent decade.

#### **Palavras-chave**

Análise Econômica do Direito – Filosofia do direito – Maximização de Riqueza – Valor – Utilitarismo – Kantianismo – Teoria Moral – Pragmatismo

## **Keywords**

Law and Economics – Jurisprudence – Wealth Maximisation – Value – Utilitarianism – Kantianism Moral Theory – Pragmatism

## **Direito e Economia: a AED e seus conceitos fundamentais**

Richard Allen Posner (1939-) é um dos escritores mais prolíficos do direito norte-americano, tanto pela enorme quantidade de opiniões judiciais apresentadas como juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos quanto por seus livros e artigos<sup>1</sup>.

Bacharel no início da década de 1960, Richard Posner viveu um momento em que o consenso jurídico e político defendido pelo direito não mais refletiam o comportamento social, algo que se evidenciou a partir de conflitos como a Guerra do Vietnã (1959-1975), escândalos políticos como o caso *Watergate*, conflitos étnicos e bipolaridade político-econômica (capitalismo e socialismo). Não havia consenso ao qual o direito poderia apelar por que não havia mais como esperar pela existência de um consenso “*lá fora*” do universo jurídico, sendo nítido o descompasso entre a teoria e prática no âmbito do direito<sup>2</sup>.

Questionava-se o isolamento do Direito na Universidade, afirmando-se que a ideia do Direito como uma disciplina autônoma<sup>3</sup> seria fundada na necessidade política de que os juízes tivessem a capacidade de afastarem as interferências de outros membros de outros ramos de poderes do Estado em suas decisões e dos advogados defenderem o monopólio da representatividade em questões jurídicas.

---

<sup>1</sup> Posner é ainda professor da Universidade de Chicago, onde já lecionou Direito Administrativo, Análise Econômica do Direito, Antitruste, História do Pensamento Jurídico, conflito de leis, setores regulados, Direito e Literatura, Processo Legislativo, Direito de Família, Direito Primitivo, Responsabilidade Civil, Processo Civil, Prova, Direito à Saúde e Economia, Direito e Ciência, e Filosofia do Direito.

<sup>2</sup> “*No longer is law seen as being able to, on its own, generate results that constitute objective truth – to state what the law is, to discern its basis for legitimacy, or to say what the law should be. The earlier consensus regarding how to think about and to resolve important legal questions has all but disappeared*” (MERCURO, MEDEMA, 2006, p. 19).

<sup>3</sup> Sobre o tema, Posner publicou artigo emblemático, intitulado *The decline of law as an autonomous discipline*. (1987, pp. 761-780), em que expressa o descontentamento teórico da segunda metade do século XX: “*The supports for the faith in law's autonomy as a discipline have been kicked away in the last quarter century. First, the political consensus associated with the 'end of ideology' has shattered. The spectrum of political opinion in law schools, which in 1960 occupied a narrow band between mild liberalism and mild conservatism, today runs from Marxism, feminism, and left-wing nihilism and anarchism on the left to economic and political libertarianism and Christian fundamentalism on the right*”.

Havia uma crise de confiança sistêmica, evidenciando a necessidade de busca pela autoridade e autonomia perdidas no discurso jurídico<sup>4</sup>, cuja tônica deveria ser a de identificação do direito enquanto instrumento na tradução das demandas concretas para a linguagem que os poderes de decisão costumavam utilizar, principalmente os poderes econômicos.

Nesse mesmo período, uma nova geração de acadêmicos ajudou a formar movimentos no pensamento jurídico, oferecendo novos discursos sobre o direito e o processo decisório. Dentre estes movimentos está a *Law and Economics*, conhecida no Brasil como **Análise Econômica do Direito** (AED).

Os adeptos da AED sustentavam que era incorreto dizer que os problemas jurídicos pudessem ser solucionados por um conjunto de premissas fixas ou um único método argumentativo, propondo, assim, a interdisciplinaridade entre direito e economia<sup>5</sup>. Contrários à ideia de que o direito pudesse ser compreendido apenas pelo uso dos conceitos das doutrinas jurídicas tradicionais, fundados na justiça e na equidade, seus adeptos entendem que nosso entendimento do direito pode ser reforçado ou até suplantado de acordo com alguns conceitos econômicos (MERCURO, MEDEMA, 2006, p. 20).

Com fundamento nos mecanismos do mercado econômico<sup>6</sup>, a AED deu menos importância aos conceitos do direito enquanto estrutura normativa ou descritiva, voltando seu olhar para as consequências comportamentais dos diferentes sistemas de regras<sup>7</sup>.

A proeminência de Posner no meio acadêmico se deve ao seu trabalho na primeira fase da AED, conhecida como *Escola de Chicago*, sendo consagrado como um de seus quatro fundadores<sup>8</sup>, juntamente com Ronald H. Coase (“*The Problem of Social Cost*” – 1960/62), Henry Manne, Gary Becker e Guido Calabresi (“*Some Thoughts on Risk Distribution and the*

---

<sup>4</sup> Cf. Bertran (2008, pp. 23-24). Na explicação de Minda (1995, p. 95), o movimento da Análise Econômica do Direito agiu como uma reação conservadora ao ativismo judicial da era da Corte de Warren, cujo discurso dos direitos fundamentais na esfera do direito constitucional era por eles considerado excessivamente simplista e subdesenvolvido, no sentido de lidar com os aspectos teóricos e institucionais do Estado Burocrático moderno.

<sup>5</sup> Bruno Salama aponta que essa interdisciplinaridade defendida pela AED é uma barreira de fundo epistemológico e que provoca dificuldades quanto à sua reflexão, dadas as limitações que surgem da união das metodologias. Isto por que, “*enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade; enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a econômica é marcadamente empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica*” (2009).

<sup>6</sup> A hostilidade a princípios como equidade e justiça exibe característica forte do movimento inicial da AED: a primeira geração de adeptos, fiel à lógica de neutralidade e objetividade que caracterizam a microeconomia em geral, se recusou a apresentar considerações normativas e ideológicas em suas investigações do processo de tomada de decisão.

<sup>7</sup> Cf. Minda (1995b, p. 95).

<sup>8</sup> Cf. Mercurio; Medema (2006, p. 94).

*Law of Torts*” – 1961). De caráter conservador, a Escola de Chicago defendeu a limitação da intervenção do Estado à correção das falhas de mercado, o que apenas poderia ser feito por intermédio de um ordenamento jurídico eficiente<sup>9</sup>.

Na década de 1960, os adeptos da AED acreditavam que, de todas as ciências sociais, a economia seria a candidata mais promissora para oferecer as respostas que as escolas tradicionais do direito que não puderam proporcionar<sup>10</sup>.

A pretensão de que seria possível deduzir as características formais básicas do direito da teoria econômica, na verdade, funciona como uma retradução da teoria do direito pelo viés da teoria econômica neoclássica, numa tentativa de oferecer aos juristas uma lógica instrumental nova, capaz de resolver os problemas tradicionais da filosofia do direito<sup>11</sup>. Na explicação de Posner:

“[...] a economia tem uma qualidade decididamente positiva, como o demonstra a predileção dos economistas por hipóteses ‘como se’: por exemplo, a hipótese de que a melhor explicação da responsabilidade civil do *common law* é aquela segundo a qual é ‘como se’ os juízes estivessem tentando maximizar a riqueza” (2007a, p. 488).

Em sua clássica obra *Economic Analysis of Law*, publicada pela primeira vez em 1973, Posner concebeu a AED como “a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-las em bases objetivas” (PJ, 2007b, p. 473)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. Macedo Júnior (2010, p. 07).

<sup>10</sup> De acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior, outra importante matriz presente na primeira fase da AED é aquela relacionada ao cientificismo jurídico do início do século XX, usualmente associado especialmente ao nome de Christopher Columbus Langdell, cujo projeto intelectual previa a criação de uma metodologia científica e formal para a análise do direito. O seu impacto foi imenso, especialmente no campo do direito contratual, e se estendeu de maneira geral para as diversas experiências de ensino jurídico. Basta pensar na revolução pedagógica introduzida pelo Estudo de Caso e a criação dos primeiros *Casebooks*, inaugurados pelo próprio Langdell. Esta tradição constituiu o movimento intelectual denominado como Formalismo Jurídico Americano (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 04).

<sup>11</sup> Vê-se, portanto, uma ambiguidade teórica inerente à Análise Econômica do Direito: apoiada no interesse de estudos multidisciplinares e no desejo de melhorar e refinar a filosofia do direito dominante, a primeira geração da AED, da qual Posner participou ativamente advogava por uma formalismo linguístico, tipicamente Langdelliano. De outro lado, os mesmos acadêmicos adeptos da AED renunciaram a fé na autonomia do direito e se voltaram a uma nova análise instrumental para criticar a posição processualista de seus professores, o que os aproxima dos ideais do realismo jurídico e do pensamento de Oliver Wendell Holmes, dando origem ao que ficou conhecido como “segunda geração da AED”.

<sup>12</sup> Como resume Ryerson (2009): “Posner suggested that common law – the judge made body of decisions that governs tort, property and contract law – can be understood as a tool for promoting social wealth. A law that interferes with free bargaining will draw challenges in the courts, since it constrains people from buying and selling as they wish and thus from advancing their interests. On the other hand, a law that does not obstruct free bargaining will remain on the books, season and become precedent (...) When deciding truly novel cases, judges should not think of their task as preventing harm by honoring rights, but rather as distributing rights and harms in the same way that a free market would have done. (...) a judge ought to determine which part would have

A partir do instrumental microeconômico, nessa obra, Posner apresenta a sua hipótese sobre o direito nos Estados Unidos da América, de caráter eminentemente histórica: a *common law* norte-americana evoluiu no sentido de prover incentivos às relações sociais que privilegiem a eficiência econômica (POSNER, 2007a, p. 25).

Posner diz que a AED possui três aspectos importantes: **i) heurístico**, pois visa mostrar unidades subjacentes nas doutrinas e instituições jurídicas; **ii) descritivo**, por procurar identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas, instituições e as causas econômicas das mudanças jurídicas; **iii) normativo**, ao aconselhar os juízes e outros responsáveis políticos sobre os métodos mais eficientes de conduta regular pelo direito (2004a, p. 04). Em síntese, sua abordagem permite que a economia seja vista como ferramenta para entender e reformar as práticas sociais e não apenas um sistema formal de complexidade matemática (2007a, p. XXI).

A inovação, porém, trazida por Posner nesta obra de 1973 está na pressuposição de que as pessoas se comportam racionalmente não apenas quando interagem nos mercados econômicos, mas também quando estão fora dele, a fim de satisfazerem suas preferências individuais (POSNER, 1987, p. 04<sup>13</sup>). Afirma-se, assim que a maioria dos indivíduos age racionalmente, e aqueles que representam exceções não são suficientes para alterar esse modelo do agente racional.

Há de se considerar que, na realidade as proposições básicas formuladas por Posner com fundamento nos princípios cardiais da economia não são de modo algum empíricas<sup>14</sup>: ao contrário, são geradas a partir da 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 normativa. Isto é, os pressupostos podem prever como as pessoas se comportam: nesses termos, não há outra maneira através da qual as pessoas se comportam nos modelos expostos por Posner.

---

acquired the right to the property by bargaining for it in a perfectly free market. When judges distribute rights in the way that an ideal market would, they, like the market, are maximizing total social wealth”.

<sup>13</sup> “*The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call ‘self interest’. Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser*”

<sup>14</sup> A variedade de temas tratados nas sucessivas reedições dessa obra de 1973 tem como objeto demonstrar essa tese: direito societário e falências, família e sucessões, relações de emprego, relações de consumo, processo e produção de provas, criminalidade, adoção, temas de direito constitucional – separação de poderes, proteção de direitos, desapropriações, discriminação racial e religiosa, liberdade de expressão liberdade religiosa, dentre outros.

A utilização dessa premissa da racionalidade não quer dizer que os agentes sociais promovam um cálculo consciente de custos e benefícios de seus atos, porém a AED implica que os indivíduos ajam desse modo, posto que, dentro de modelos econômicos reduzidos da realidade, o comportamento racional é, em geral, previsível. A função do direito, portanto, será a de distribuir custos e benefícios entre os agentes e, portanto, atribuir e distribuir direitos e deveres, numa verdadeira simulação do que teria ocorrido se o mercado estivesse em situação de equilíbrio.

Como descreve Posner:

*“Economic Analysis of Law se desenha, então, em torno do que das cinco forças motrizes da common law. Primeiro, o direito da 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. Quarto, o direito criminal, como salvaguarda da responsabilidade civil. Quinto, os remédios constitucionais, bem como a punição criminal. Tomados em conjunto, essas forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação”.* (POSNER, 2007a, p.31)

Do modelo do agente racional extraem-se três conceitos fundamentais: **i)** a relação inversa entre o preço de um determinado bem e a quantidade demandada (Lei da Demanda); **ii)** o custo de oportunidade, isto é, o que se perde ao empregar um recurso de forma a negar a sua utilização a uma outra pessoa. A utilização de um determinado bem de uma determinada maneira implica negar-lhe a utilização de outra forma possível. Por outro lado, o bem cujo uso é único e cuja fonte é abundante, perde o valor. As forças do mercado tendem a fazer do custo de oportunidade o preço máximo e o mínimo. O preço do recurso estabelecido acima do custo de oportunidade, ou melhor, um preço estabelecido em um nível superior ao do mercado atrai recursos para a produção do bem até que o aumento da produção reduza esse preço. e; **iii)** a tendência dos recursos girarem em torno do seu uso mais valioso no livre mercado, isto é, quando os recursos estão sendo utilizados onde seu valor é maior, podemos afirmar que estão sendo eficientes. A oportunidade de lucro (preço acima do custo de oportunidade) é que atrai os recursos para certa atividade.

**Eficiência**, portanto, significa explorar os recursos econômicos de uma forma que seu **valor**, isto é, a satisfação humana medida pela vontade do consumidor de pagar por bens e serviços, é maximizada. De modo equivalente, a **riqueza** da sociedade é a satisfação agregada das preferências humanas (as únicas que tem peso ético num sistema de maximização de riqueza) que são transformadas em dinheiro, isto é, que podem ser registradas em mercado

(POSNER, 1983, pp. 60/61). E esse mercado não precisa ser explícito, de sorte que a riqueza não significa o mesmo que o produto interno bruto ou qualquer outra medida de bem-estar. Este é o padrão normativo básico da análise econômica do direito<sup>15</sup>.

A análise econômica do direito é compreendida tanto sob o viés **positivo**, isto é, enquanto “*teoria econômica do direito*”, no sentido de explicar a maior parte dos fenômenos jurídicos possíveis pelo uso da economia (POSNER, 2007a, p. 26), como pelo viés **normativo**, como “*teoria da eficiência da common law*” no sentido de que a *common law* é melhor compreendida como um sistema de maximização de riqueza da sociedade, resumindo-se à ideia de que “o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade.”

Sob esse ponto de vista, os juízes da *common law* deveriam alcançar resultados eficientes ao assegurar o direito à parte que mais o valoriza, isto é, que lhe dá maior **valor econômico**, tendo como medida sua vontade de pagar<sup>16</sup>, minimizando os custos de transação. Desse modo, fica claro que os juízes, na opinião da AED deveriam decidir de forma a *maximizar a riqueza*, isto é, da forma mais eficiente. Como alternativa à aproximação do princípio da eficiência nas decisões judiciais, os adeptos da AED argumentavam que a decisão eficiente poderia estar ligada à direito ao minimizar os custos de litigância (MINDA, 1995b, p. 90)<sup>17</sup>.

Desse modo, regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a **maximização da riqueza** (ou eficiência) são justas; do contrário, 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, cujas virtudes facilitariam a cooperação da sociedade, e até mesmo atitudes beneficentes em torno de um *consenso* pressuposto de aumento de riqueza (SALAMA, 2009),

---

<sup>15</sup> Cf. Minda (1995b, p. 89).

<sup>16</sup> O “*valor econômico*” a que Posner se refere trata-se do quanto alguém está disposto a pagar por algo; ou, caso o indivíduo já seja dono desse “algo”, quanto precisaria receber para dele voluntariamente desfazer-se dele (1983, p. 60). Trata-se, portanto, da soma 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.

<sup>17</sup> A ideia de eficiência e de redução de custos de transação, bem apresentadas já no clássico “*The Problem of Social Cost*”, de Ronald Coase foram tomadas formalisticamente pelos adeptos da primeira geração da AED: leram Coase como uma teoria sobre como as transações de mercado deveriam ser aplicadas aos “fatos” dos problemas jurídicos, o que gerou grande controvérsia dentre os teóricos do direito. Adotou-se, assim, uma versão de formalismo econômico que em nada se diferenciava do formalismo jurídico, já tão criticado na segunda metade do século XX.

consenso social esse que estava abalado na metade do último século e que foi motivo para o próprio desenvolvimento da AED.

Ao direcionar o foco na dinâmica dos mecanismos de mercado, a Análise Econômica do Direito defendida por Posner dispõe de menos cuidado com os conceitos de direitos jurídicos como estrutura normativa ou descritiva e de mais atenção com as consequências comportamentais dos diversos sistemas de regras. Mais do que isso, considera a análise econômica como um sistema moral alternativo (POSNER, 1983, p. 60).

### **A maximização de riqueza enquanto conceito ético**

A obra emblemática que caracteriza a hipótese de Posner de que o direito norte-americano evolui no sentido da eficiência é denominada *The Economics of Justice* (1981). Nesta obra, Posner defende a maximização da riqueza como uma meta eticamente atraente. Ele procura mostrar que a maximização da riqueza tem propriedades que a tornam preferível, do ponto de vista moral, a outros princípios normativos, particularmente utilitarismo (com o qual, afirma Posner, maximização da riqueza é muitas vezes confundido) e o kantianismo.

Na visão de Posner, maximização da riqueza admite ambos os elementos kantianos e utilitaristas e, portanto, evita os perigos de ambos os extremos (o fanatismo e moral “escrupuloso” no lado do kantiano e as monstruosidades utilitaristas como a escravidão, que sempre foram uma vergonha para os utilitaristas mais intransigentes). Segundo Posner, haveria uma convergência entre o princípio de maximização da riqueza e o princípio kantiano de respeito ao homem e à autonomia (1983, p. 89). 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.

A maximização de riqueza é distinta da concepção **utilitarista** de felicidade<sup>18</sup>, não obstante Posner reconheça que ambas estão relacionadas: compartilham o valor moral das

---

<sup>18</sup> O **utilitarismo** trata do conjunto de teorias que postula que nada, entre os humanos, é mais desejado em si mesmo do que o próprio prazer. As construções teóricas utilitarista supõem que as pessoas tem como finalidade a obtenção de prazer e, conseqüentemente, a diminuição da dor. Não há hierarquia entre os prazeres, isto é, um prazer não é considerado como superior ou inferior a outro. Os atos dos indivíduos são adequados quando maximizam o prazer e minimizam a dor. No âmbito social, as regras de organização devem levar em conta a satisfação e a felicidade do maior número possível de pessoas. No direito, o utilitarismo nasceu com vínculos do pensamento liberal, como com Jeremy Bentham (1748-1832). Bentham o desenvolveu como uma filosofia moral, que sustentava que o acerto ou o erro de uma ação deveria ser julgado inteiramente em termos de suas conseqüências (os motivos da ação aqui, seriam irrelevantes), de modo que boas conseqüências traziam

preferências e desejos individuais<sup>19</sup> (POSNER, 1985, pp. 96-99). No entanto, a busca pela riqueza, fundada no modelo de mercado livre, envolve maior respeito pelas escolhas individuais do que pretende o utilitarismo clássico (POSNER, 1983, p. 66).

De acordo com Bruno Salama, 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 interpessoal típicas do utilitarismo (SALAMA, 2009).

Não se trata, na visão de Posner, a maximização da riqueza de um “*utilitarismo aplicado*”. 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” (POSNER, 1983, p. 48).

Para permitir a maximização da riqueza, a economia fornece *critérios de eficiência*, dentre eles o de Pareto e de Kaldor-Hicks<sup>20</sup>. Diante da ciência de que a superioridade ou

---

felicidade, enquanto más consequências, dor. Pretendia-se julgar, assim, toda a ação por sua utilidade, isto é, por sua capacidade de provocar consequências de determinado tipo, algo que não se fincava como ideia abstrata, mas que encontrava fundamentação na própria experiência humana. O cálculo das consequências se dava pelo seguinte princípio: “cada um deve ser contado como um, e ninguém como mais de um”. John Stuart Mill (1806-1873), adotou um ponto de vista segundo o qual o exercício da atividade política não poderia ser restrito, já que se referia a proporcionar a felicidade ao maior número possível de cidadãos, razão pela qual foi incentivador do voto feminino. Nesse sentido, a liberdade era uma forma de expressão política e era nesta esfera onde a negociação dos diversos pontos de vista favoreciam a busca incessante por *verdades*, predestinadas à contínua satisfação das necessidades da humanidade (MAGEE, 1999, pp. 182-185).

<sup>19</sup> Já após sua virada pragmática, Posner reconhece que, tendo em vista que a “*utilidade*”, no sentido filosófico expresso na nota anterior é mais difícil de avaliar do que a riqueza (esta em termos técnicos econômicos e sistematizados), um sistema de maximização de riqueza pode parecer simples substituto do sistema utilitarista, mas vai além disso: é uma ética de produtividade e cooperação social, pois depende da oferta de bens que as pessoas valorizem, muito embora reconheça que externalidades do “mercado” (como a sorte e a piora de situação das pessoas) impeçam a verificação descritiva desta teoria, o que levou à sua revisão pela segunda geração da AED. Cf. Posner (PJ, 2007b, pp. 525-526).

<sup>20</sup> Posner não adota o critério de Pareto de eficiência. De acordo com tal critério, 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 “ótimo de Pareto”. Uma alocação será ótima (isto é, eficiente) quando não for possível realizar novas melhoras a partir do critério de Pareto, ou seja, houver consenso quanto à noção de melhora e riqueza produzidas. Dessa perspectiva uma situação será eficiente apenas se nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua própria. O princípio de Pareto, como Posner aponta, pode ser interpretado como expressão de um ideal voluntarista: aplicação do princípio significa que apenas as transferências de propriedade efetivamente acordadas ou que teriam sido acordadas e que as partes fossem capazes de contratar seria permitido. Dito de outro modo, o princípio de Pareto assegura que ninguém nunca vai ser o instrumento de bem-estar do outro sem que deseje

ótimo de Pareto são inatingíveis no mundo real, este último, o Kaldor-Hicks, foi adotado Posner, cuja ideia é a de que o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam (1983, p. 91).

Esse critério exige não que a situação de ninguém seja piorada e a mudança na alocação de recursos, mas apenas que o aumento do valor do bem seja suficientemente grande para que os perdedores sejam plenamente compensados pela perda desse bem. Ou seja, o governo poderia transformar uma melhora de Kaldor-Hicks em uma melhora de Pareto. Isso permite que as questões de justiça distributiva sejam discutidas separadamente de questões de alocação de recursos (eficiência e maximização de riqueza (POSNER, 1983, p. 92)).

A possibilidade de consenso em torno do critério Kaldor Hicks se dá, para Posner, partir do critério de “*compensação ex ante*” (1983, p. 94). Tal critério seria comparável a uma perda sofrida por um indivíduo que compra um bilhete de loteria e perde. 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”. Nesses casos, há “consenso<sup>21</sup>”, mesmo que o consenso seja implícito<sup>22</sup> (POSNER, 1983, p. 96).

A maximização de riqueza é, na ótica de Posner, um princípio moral mais defensável, pois garante uma fundação firme para a teoria da justiça corretiva e distributiva. Ela ordena a criação de um sistema de direitos da personalidade e de propriedade que, de modo ideal, poderia se estender a todas as coisas valiosas e que são escassas (POSNER, 1983, p. 69), o que inclui não apenas a propriedade real, mas o corpo humano e até mesmo suas

---

isso. Se A é ser o meio pelo qual B aumenta seu próprio bem-estar, A deve estar de acordo com isso. Interpretado desta forma, o princípio de Pareto representa um ideal moral baseado no respeito pela autonomia dos indivíduos e de aceitação da ideia de que se deve sempre tratar os outros como fins em si mesmos e não apenas como meios para outros fins.

<sup>21</sup> Posner entende que o argumento do consenso pode suprir uma justificativa ética para instituições sociais que maximizam a riqueza, exigindo qualificações de dois aspectos: o primeiro, onde o impacto distributivo da maximização de riqueza é substancial e não randômico, é difícil pensar num consenso abrangente sem compensação real; segundo, a afirmação de direitos de propriedade é uma área fértil para gerar conflitos entre maximização de riqueza e consenso, demonstrando o poder moral da eficiência (1983, pp. 101-103).

<sup>22</sup> Veja-se, por exemplo, a explicação de Posner sobre a regra de interpretação da AED sobre o direito contratual: “The rule is based, in other words, on the idea that “parties to a contract prefer, *ex ante* (that is, when negotiating the contract, and therefore before an interpretive dispute has arisen), to avoid the expense and uncertainty of having a jury resolve an interpretive dispute between them, even at the cost of some inflexibility in interpretation.” The added expense is due mainly to the fact that jury trials are on average longer than bench trials; this is because of the time required for the jury voir dire and jury instructions and deliberations, because things have to be explained to juries at greater length than to a judge, and because more attention is paid to making and ruling on objections to the admission of evidence in a jury trial than in a bench trial. It would be better to say, however, that parties “sometimes” prefer *ex ante* to avoid a jury. For as I noted earlier in explaining interpretive approach number 4, of which the “four corners” rule might be thought an instance, to trigger the rule the parties have to invest resources in making their written contract clear on its face” (2004b, pp. 24-25).

ideias. Não raro esses direitos devem ser qualificados em razão do custo de sua proteção, por causa dos custos de transação ou por conta dos conflitos de uso, o que torna, na visão de Posner, a abordagem econômica aos princípios jurídicos que envolvem direito de personalidade e propriedade mais fortes que os utilitaristas e kantianos (1983, p. 69).

A função primordial do direito segundo uma organização econômica ou de maximização de riqueza é coordenar os incentivos. Dessa forma, não há incongruência em fazer com que uma das partes que tenha rompido um contrato seja responsável pelos danos causados à outra parte por que os custos de cumprimento do contrato sobrepujaram excessivamente os danos possíveis pelo seu descumprimento. O direito simplesmente coloca o risco do descumprimento na parte que falha em cumpri-lo (1983, p. 75).

Posner acredita que a maximização de riqueza garante não apenas fundamento para uma teoria dos direitos e remédios jurídicos, mas também para o conceito de direito em si. Isso porque, dado que o direito é frequentemente definido como um comando direcionado pelo poder coercivo do Estado, de modo que qualquer ordem do soberano seja direito, numa definição mais ampla, que se refira a que esse comando possa ser seguido por aqueles a quem se destina, de que todos em igual situação sejam tratados com igual respeito, que tais comandos sejam públicos e procedimentalizados, tais elementos formam parte da teoria econômica do direito (POSNER, 1983, p. 74).

Como bem retoma Bruno Salama, o critério de maximização da riqueza como fundamento ético do direito desenvolvido por Posner possui duas ideias centrais: **i)** sua definição parte de uma base monetária: justiça e aumento da riqueza calculada em dinheiro se entrelaçam na medida em que a) todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; b) cada agente é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas e; c) as preferências importantes são aquelas registradas em mercado; **ii)** a maximização da riqueza repousa sobre uma ideia de consentimento dos indivíduos como indicação do valor dos bens, isto é, o preço que estariam dispostos a pagar por eles (SALAMA, 2009).

### **As críticas de Dworkin à maximização da riqueza como valor fundacional para a teoria do direito**

Em razão do apego aos princípios mais pujantes da teoria microeconômica, os primeiros escritos dos adeptos da Análise Econômica do Direito ficaram vulneráveis a críticas muito semelhantes às aquelas formuladas ao formalismo jurídico. Costumava-se criticar a AED

por desconsiderar as “realidades” dos mercados reais. Dizia-se que a teoria econômica estaria fundada em afirmações irreais que deveriam ser desacreditadas por desvalorizar e relativizar os valores fundantes do direito e da própria moral.

Ronald Dworkin, em artigo publicado em março de 1980 no “*Journal of Legal Studies*”, intitulado “*Is Wealth a Value?*”<sup>23</sup> ou “*É a Riqueza um Valor?*” afirma que o problema central da Análise Econômica do Direito é o estabelecimento da riqueza social como objetivo do sistema jurídico.

Dworkin criticou a AED justamente por se fazer uma **teoria incompleta**: ao determinar a alocação de recursos no mercado, é preciso saber como se dá a atribuição de direitos a esses recursos, porque é a afirmação desses direitos que determinará a alocação dos recursos, e não o contrário. Porém, como a AED concentra-se apenas no fundamento da eficiência econômica e no valor econômico da riqueza, ignora os direitos dos litigantes de verem seus direitos devidamente justificados e, assim, não consegue realizar o seu próprio viés positivo de predizer a alocação de recursos.

Neste artigo especificamente, Dworkin aponta que a essa concepção de maximização de riqueza, alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que os valorizam mais e que alguém valoriza mais um bem quando puder e estiver disposto a pagar mais dinheiro tem grandes dificuldades em seu aspecto positivo: i) para a maioria das pessoas, há uma diferença entre a soma que estariam dispostas a pagar por algo que não tem e o que receberiam em troca dessa coisa se já a possuíssem; ii) as pessoas pedem mais por algo que já possuem do que pagariam para adquirir esse bem. Ao buscar esse tipo de solução, dada a discordância entre os dois padrões acima citados, o padrão de maximização de riqueza resta *indeterminado*, não sendo possíveis as soluções segundo o ótimo de Pareto<sup>24</sup> (DWORKIN, 2005, p. 353).

---

<sup>23</sup> Este artigo foi inserido na obra de Dworkin “Uma questão de princípio” (2005, pp. 351-398).

<sup>24</sup> De acordo com essa crítica, as restrições impostas pelos princípios do utilitarismo e do kantianismo na elaboração da concepção de maximização de riqueza de Posner se sobrepõem apenas em parte, porque eles derivam de fontes diferentes. O ótimo de Pareto reflete a preocupação de proteger a autonomia individual das pessoas; já o princípio da maximização da riqueza, por outro lado, restringe o utilitarismo porque define a riqueza em termos de capacidade e vontade de pagar por algo. Se um utilitarista pode ser convencido de que a busca pela felicidade deve ser limitada por respeito aos direitos dos indivíduos, ele adotará a primeira restrição (aquela expressa pelo princípio de Pareto). Se ele não pode ser persuadido de que os direitos devam receber algum valor, ele não vai adotar nenhum constrangimento, uma vez que para um utilitarista é igualmente irracional limitar a busca da felicidade. Mas em nenhum caso será um utilitarista levado a aceitar o princípio da maximização da riqueza uma vez que o princípio impõe uma restrição que não serve à utilidade e também não consegue expressar o respeito pelas pessoas, no sentido kantiano proposto por Posner. A maximização da riqueza não é um utilitarismo limitado pelo um respeito pelos direitos: se é uma espécie de utilitarismo, a maximização da riqueza é o utilitarismo constrangido por um respeito por algo que não é nem direitos nem utilidade, algo de incerto e, como Ronald Dworkin mostra, valor duvidoso.

Quanto ao aspecto normativo, ao sustentar que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que os comprariam, não fossem os custos de transação, Dworkin questiona o porquê da riqueza social ser considerada um fim digno segundo a análise econômica, isto é, um valor social por si só (2005, p. 356).

De acordo com Dworkin, a afirmação de que as ações devem ser decididas de modo a aumentar a riqueza social deve ser demonstrada a partir de uma explicação sobre o porquê uma sociedade com mais riqueza é melhor e está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza. Ao fazer essa pergunta, Dworkin não procura saber se o ganho em riqueza é superado pelo custo em justiça ou igualdade de tratamento, mas se o ganho em riqueza, por si só, é considerado um “ganho” (2005, p. 360).

Tomando em consideração que, segundo a AED, a atribuição de direitos é justificada na medida em que promove a riqueza social com mais eficiência que outras formas de distribuição, reduzindo custos de transação desses direitos, se os custos de transação são elevados ou a transação, pela natureza do bem em transação, como o direito à vida, é impossível, também é impossível adotar uma postura que imite o “mercado econômico”. Dessa sorte, um ganho de riqueza social, considerado por si só, e separadamente de seus custos ou de outras consequências, boas ou más, não é de forma alguma um “ganho” (DWORKIN, 2005, p. 365).

Outra avaliação desse intercâmbio entre justiça e riqueza se daria quando um indivíduo escolhe que a combinação de justiça e riqueza representa não a sociedade em que ele, como indivíduo com motivos morais e interesse pessoal deseja viver, mas a sociedade que seja moralmente melhor. Ora, questiona Dworkin, se o indivíduo deve escolher a sociedade moralmente melhor, não haveria motivos para não considerar simplesmente a ideia de “justiça”, sendo desnecessário o intercâmbio com a noção de riqueza. Para ele, a justiça, pelo menos quando se trata de troca, é uma questão de distribuição. Ao personificarmos a sociedade, de modo a tornar a escolha social uma escolha individual, não há mais nada a ser considerado sob o aspecto da justiça (DWORKIN, 2005, pp. 368-370).

Pensar a riqueza como valor instrumental, com algum componente independente do valor social é também para Dworkin perigoso. Um componente de valor social é algo que tem valor em si mesmo, e ninguém valoriza a riqueza pela própria riqueza. Isto porque, para tanto, a AED deveria demonstrar por que, se em alguns casos a maximização da riqueza não tiver esse efeito desejável, se trata de uma estratégia prudente buscar essa maximização da riqueza em todos os casos abrangidos pela afirmação (DWORKIN, 2005, p. 372).

Nesse sentido, tal afirmação deve especificar o objetivo ou valor independente que se supõe ser promovido instrumentalmente pela maximização da riqueza, não sendo viável a sua permanente *indeterminabilidade*. Ou seja, explica Dworkin, para a AED, a sociedade inclinada a maximizar a riqueza deve especificar que direitos as pessoas tem ao dinheiro, trabalho e outras propriedades para que, aí sim, se possa determinar o que podem gastar e, desse modo, onde se promove a riqueza, de sorte que uma sociedade não será melhor simplesmente porque especifica que certas pessoas tem direito a certas coisas (2005, p. 374).

Há, portanto, grande risco de *circularidade* no argumento de Posner posto que, se os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente, de tal forma que a atribuição desses direitos promova a maximização da riqueza, esta consideração, ensimesmada não considera nenhum outro argumento moral independente, que possa conceder ou negar os direitos. Logo, conclui Dworkin, não se pode afirmar, em favor da análise econômica, que ela indique qual é, independentemente, a resposta correta segundo fundamentos morais.

O risco disso está, segundo Dworkin, está em que, se a maximização de riqueza deve ser apenas um valor instrumental, deve haver alguma afirmação moral independente a favor dos direitos que a maximização de riqueza recomenda, quer dizer, os direitos não podem ser uma exigência moral simplesmente pelo fato de promoverem riqueza (DWORKIN, 2005, p. 375).

Dworkin também rejeita o argumento de Posner de que uma sociedade que busca a maximização de riqueza encorajará virtudes pessoais atraentes, como a caridade, no sentido de que as pessoas somente podem melhorar sua posição beneficiando a dos outros. Para ele, a riqueza produzida para os outros, sem levar em conta sua distribuição, não esclarece que as pessoas produziram riqueza para outras pessoas, que não elas próprias (tomado o modelo de homem como maximizador de seus próprios interesses).

Ora, é certo que o bem-estar de todos é uma medida melhor da conquista moral do que simplesmente a “riqueza” dos outros e, por causa dessa utilidade marginal, o bem-estar para os outros é um padrão que inclui as exigências da distribuição. Nesse passo, diz Dworkin, “a maximização da riqueza irá gerar mais bem-estar para outros que outras estruturas políticas mais conciliadoras” (2005, p. 380).

Assim posta a crítica, se a riqueza de uma pessoa é definida pela sua capacidade e vontade de pagar por determinada coisa, o princípio da maximização da riqueza favorecerá, necessariamente, aqueles que já tem dinheiro ou os recursos com que para conquistá-lo e, portanto, são capazes de pagar mais do que os outros para ter um direito definido da forma que lhes é favorável. A maximização da riqueza dá uma vantagem adicional para aqueles que

já são favorecidos, e isso com toda a razão parece injusto. Mesmo que não haja nenhuma justificção para fazer aqueles que já são ricos partilharem o que tem, parece ofensiva a sugestão de que sua riqueza é uma razão para dar-lhes ainda mais.

Além disso, o valor moral da atividade beneficente, considerado em si, consiste na vontade ou intenção do autor. Se ele age desejando promover o bem-estar dos outros, o ato por si só tem valor moral, ainda que, no final, acabe não beneficiando os outros, de sorte que não terá nenhum valor moral inerente quando agir para beneficiar a si próprio (DWORKIN, 2005, pp. 380-381).

Ao afirmar que uma teoria de justiça eficiente seria aquela que assegurasse o direito à parte que mais o valoriza, isto é, daquele que exprime maior vontade de pagar por eles em termos de dinheiro, Posner, segundo Dworkin, adota uma teoria meritocrática (DWORKIN, 2005, p. 382), definida pelo conjunto de talentos que permitem a alguém ser bem sucedido no mercado durante certo tempo (DWORKIN, 2005, p. 383). Entretanto, o mérito não é o único valor levado em consideração na distribuição da justiça, não podendo ser objetivo único e exclusivo da prestação jurisdicional.

Uma avaliação do tipo mérito é dependente posto que tais talentos se modificam ao longo do tempo, variando em sua classificação e utilidade. Isto significa que um maximizador de riqueza, ao sustentar que uma distribuição é justa se for produto de regras maximizadoras de riqueza, não pode se valer de qualquer justificativa instrumental para defender essa afirmação. A própria ideia de utilidade pode ser colocada como justificativa, ainda que ela possa ou não realizar a maximização da riqueza (DWORKIN, 2005, p. 390).

Portanto, para Dworkin, “é absurdo atribuir aos juízes o motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor”. Ainda que se propusesse uma avaliação histórica causal detalhada que explicasse porque os juízes agem dessa maneira (em direção à eficiência<sup>25</sup>), tal correlação histórica não teria poder explicativo caso não fosse sustentada por alguma hipótese motivacional que fosse independente dessa correlação (2005, pp. 394-395).

---

<sup>25</sup> Dworkin questiona até mesmo a explicação histórica de que a *common law* tenha se desenvolvido no sentido da eficiência: “Os juízes que desenvolveram o sistema de falhas por negligência ou de responsabilidade estrita pensavam que suas decisões promoveriam a utilidade total média? Esses juízes eram todos utilitaristas, que, portanto, considerariam isso uma vantagem? Essa explicação é válida apenas para certo grupo de casos, em um momento específico do desenvolvimento da *common law*? É plausível supor que os juízes, ao longo de um extenso período, sustentaram a mesma teoria de valor social? É plausível supor, por exemplo, que foram utilitaristas antes, durante e depois do êxito acadêmico dessa teoria da justiça social?” (DWORKIN, 2005, p. 394).

Um segundo artigo de Ronald Dworkin publicado também em 1980, o autor se pergunta por que, então, a justiça segundo a AED deve se pautar pela busca da eficiência. Em “*Why Efficiency*” ou “*Por que a eficiência?*”<sup>26</sup>, Dworkin procurará defender que tomando em consideração, como explorado no artigo precedente, que a riqueza social não pode ser considerada como algo desejável em si mesmo ou componente de valor social, nem tampouco instrumento perante alguma outra coisa que seja componente do valor, não faz nenhum sentido dizer que a justiça deva operar como vetor para a utilidade. Dworkin procurará concluir que, se a maximização da riqueza é desejável, é somente porque ela leva a outra coisa que valorizamos de forma autônoma, a sugestão de que devemos sacrificar qualquer coisa (especialmente o respeito aos direitos individuais), porque a maximização riqueza é uma coisa boa em si mesma, parece ser um absurdo.

Dworkin parte do pressuposto de que todas as pessoas devem ser tratadas como iguais na questão de distribuição. Uma distribuição igualitária de riqueza que nega a igualdade profunda não trata as pessoas como iguais; Ela exigiria arranjos sociais que maximizassem a eficiência da riqueza sem levar em conta as consequências de distribuição independentes desses próprios arranjos (DWORKIN, 2005, p. 405). Entretanto, Dworkin prefere uma teoria da igualdade em que os indivíduos são tratados como iguais quando uma parcela igual dos recursos da comunidade, medida abstratamente, é dedicada à vida de cada um (2005, p. 408).

Quando Posner afirma que os juízes da *common law* deveriam decidir os casos de modo a maximizar a riqueza, diz Dworkin que ele considera dois argumentos: i) o do consenso, segundo o qual todos aprovaram antecipadamente os princípios ou regras que aplicarão aos juízes que buscam maximizar a riqueza; ii) o do interesse universal, pelo qual a imposição desses princípios e regras é do interesse de todos. O primeiro argumento introduz a ideia de autonomia kantiana; já o segundo, insiste na importância contínua do bem-estar para a justiça e, portanto, supostamente acrescido de “certa dose de utilitarismo” (DWORKIN, 2005, p. 412).

Dworkin rejeita a concepção de consenso explorada por Posner. Ele entende que esse consenso é contrafactual, quer dizer, é fundado na proposição com a qual eu consentiria se me pedissem, dado que consentimento e interesse pessoal são conceitos independentes e tem papéis independente na justificação política. Autonomia, por sua vez, é um conceito diverso do consentimento, e por vezes é tratada como um tipo de consentimento hipotético ou

---

<sup>26</sup> Este artigo foi inserido na obra de Dworkin “Uma questão de princípio” (2005, pp. 399-434).

contrafactual. Na explicação de Dworkin, devemos atentar para as circunstâncias do consentimento, a fim de verificar, sobretudo, se ele foi esclarecido e voluntário<sup>27</sup>. Desse modo “o simples fato de que o consentimento era contra meu interesse não oferece nenhum argumento em si contra a aplicação do meu consentimento contra meus desejos posteriores” (DWORKIN, 2005, p. 413).

Quando Posner identifica a noção de consentimento como “compensação *ex ante*”, em termos econômicos, ao explicá-lo a partir do ponto de vista do jogador que perde na loteria, é de se questionar, segundo Dworkin, se é justo que esta pessoa sofra algum prejuízo ou se ela consentiu em sofrer esse prejuízo. Desse modo, o fato de comprar um bilhete de loteria conhecendo as chances e sem ser coagido, talvez seja justo sofrer prejuízo porque fui compensado por assumir o risco de ganhar, mas não ocorre o inverso, isto é o consentimento quanto à perda, não estando a autonomia em jogo nessa hipótese<sup>28</sup> (DWORKIN, 2005, p. 415).

Expandir a idéia de compensação para a *compensação ex ante* levanta, ainda, uma série de problemas difíceis: afinal, como devemos distinguir os casos em que tenha havido a compensação *ex ante* daqueles em que não tem? Quanto tempo é o longo prazo para que se possam verificar os efeitos compensatórios? Esse tempo é limitado ao tempo de vida de um indivíduo, ou pode incluir várias gerações? Quão alta deve a probabilidade de benefício de uma decisão antes de ser, vamos dizer que as perdas em uma outra decisão sejam adequadamente compensadas em outra situação?

Por tais razões, Dworkin acredita que Posner pode ter confundido interesse e consentimento porque confundiu consentimento de maneira mais geral com os fundamentos da equidade:

“Posner claramente quer produzir o consentimento sob condições que se revelam não de ignorância natural, mas de ignorância forjada, que é ainda mais artificial que a posição original de Rawls. Para qualquer queixoso específico, ele quer obter o consentimento em algum momento após estarem suficientemente bem formados os hábitos de direção dessa pessoa, de modo que ela tenha lucrado com a redução dos custos de direção, mas antes de ter sofrido um acidente não segurado, ocasionado por negligência” (DWORKIN, 2005, p. 419).

---

<sup>27</sup> De acordo com Dworkin, Posner tropeça na confusão entre interesse e consentimento por tê-lo confundido com os fundamentos da equidade, como se vê de suas observações sobre o “consentimento implícito” supracitado. Ele, segundo Dworkin, reconhece que não se pode dizer que os queixosos em ações por negligência deram consentimento expresso às regras sobre a negligência e não à responsabilidade estrita, da mesma forma que os compradores de bilhetes de loteria consentiram em perder (2005, p. 416).

<sup>28</sup> Anthony Kronman adiciona, ainda, que a ideia de comparar o direito do ponto de vista do jogador da loteria é, na verdade, algo perverso: “In my view, social institutions, including the law, should be used to mitigate the effects of the natural lottery; for the law to intensify them is perverse. A theory which legitimates the chance effects of the natural lottery treats persons as if they were things by giving moral significance to those aspects of our lives over which we have no control. Such a theory fails to recognize that persons are moral beings precisely because they have a capacity for rational action which puts them, in a limited but important way, beyond the reach of nature's indifferent power” (1980, p. 242)

O segundo argumento, o do interesse universal, segundo o qual os juízes decidem no âmbito da *commom law* aplicando as normas que maximizam a riqueza social também não prospera. Dworkin acredita que a justificativa paretiana ínsita à teoria de Posner é voltada para o futuro e não para o passado: propõe que uma decisão está correta porque ninguém está em situação pior pelo fato de que essa decisão foi tomada.

Isto degenera no critério utilitarista, no mesmo sentido de concluir que “*uma decisão política é justificável se deixar a grande massa de pessoas em melhor situação e apenas um número relativamente baixo de pessoas em pior situação*”. Essa ideia, porém, entra em conflito com a ideia de igualdade do tipo kantiano invocada pela AED (todos os homens raciocinam no sentido da maximização de seus interesses): “alguém que sustente uma teoria de igualitarismo profundo sobre a igualdade absoluta de bem-estar fará objeção a uma decisão que coloca alguém em melhor situação e ninguém em situação pior se essa decisão destruir uma igualdade absoluta preexistente de bem estar” (DWORKIN, 2005, p. 424).

Dworkin ainda extrai o seguinte princípio geral das explicações de Posner: “se uma norma é do interesse antecedente de todos na época em que é estabelecida, é justo aplicá-la mesmo contra os que serão prejudicados com sua adoção, contanto que não tenham, antecipadamente, mais probabilidade que os outros de ter prejuízo com ela” (2005, p. 426).

O princípio do interesse antecedente<sup>29</sup>, afirma Dworkin, não pode ser usado diretamente a favor de nenhuma regra específica de maximização de riqueza que o juiz pudesse adotar pela primeira vez em um caso difícil, pois não será do interesse da parte contra a qual é usada na ocasião de sua adoção, pois essa ocasião é justamente a ocasião que será usada contra ela (2005, p. 426).

Na verdade, diz o autor, essa metarregra do interesse universal pode ser vista da seguinte perspectiva: “*em um caso controverso, os juízes devem escolher a regra que seja do interesse antecedente da grande maioria das pessoas e não contrarie os interesses do grupo econômico em pior situação ou de qualquer outro grupo que teria desvantagem geral e antecedente, como grupo, com a aplicação desse princípio sem essa ressalva*” (DWORKIN, 2005, pp. 426-427). Contudo, esse princípio do interesse antecedente nunca poderia justificar a introdução dessa metarregra em um caso difícil, pois se algum membro da comunidade

---

<sup>29</sup> Em retratação posterior, Posner chegou a considerar que talvez estivesse usando a palavra “consentimento” em um sentido bastante tenso, quando se diz que “se alguém joga na loteria e perde, consentiu com a perda. Mas, após a observação de Dworkin, poderíamos alterar a sentença e ler “eu consinto em decidir jogar na loteria se eu perder ou ganhar uma quantia determinada de dinheiro”, o que não afeta o conteúdo do argumento de Posner. Posner aceita a renomeação do princípio do consentimento do “princípio antecedente interesse” (1981, p. 787).

perde, seja a parte perdedora nesse caso uma outra pessoa, e se fosse de outra pessoa não teria perdido, o princípio do interesse antecedente é violado (DWORKIN, 2005, p. 432).

Para Dworkin, apenas dessa forma se poderia justificar a maximização de riqueza como padrão de prestação jurisdicional, bem como o argumento de que as regras da *common law* de maximização de riqueza são justas, e não que a riqueza seja um valor autônomo. Ao contrário, é de maior interesse a busca de fins que se relacionam à maximização de riqueza, e não a ela e à eficiência de *per se*. Já os direitos individuais têm valor *per se*; não são meros instrumentos de maximização da riqueza.

Em suma, a busca de Posner por encontrar um ponto de equilíbrio entre o utilitarismo e o kantianismo parece estar colocada em xeque. Como se vê da crítica de Dworkin, um utilitarista que reconheça que a busca da utilidade deve ser limitada em respeito aos direitos individuais não adotará a maximização da riqueza para proteger os direitos expressar sua preocupação com a autonomia de pessoas. Da mesma forma, um kantiano que está preparado para conceder relevância a considerações utilitaristas em determinadas situações não irá endossar a maximização da riqueza uma vez que o aumento da riqueza não significa necessariamente aumento da utilidade. Além disso, se um kantiano aceita o princípio de Pareto como uma expressão apropriada de sua concepção de autonomia individual, mas está preocupado com a praticidade do princípio, ele pode ter um incentivo para relaxar seus exigentes requisitos, expandindo a noção de compensação trabalhada por Posner. Portanto, segundo a crítica, a partir de qualquer ponto de vista, kantiano ou utilitarista, a maximização da riqueza não faz sentido. Também não faz sentido como um compromisso racional entre esses pontos de vista, na forma, por exemplo, que uma teoria utilitarista que explicitamente incorporado a idéia de direitos pode.

### **A defesa da maximização da riqueza e a virada pragmática de Posner**

Posner está ciente de que sua defesa de que a maximização de riqueza se apresenta como norma atrativa para as escolhas sociais e políticas, como aquelas feitas pelos Tribunais em casos de negligência e responsabilidade civil para decidir se o réu deve ou não compensar a vítima, levantou essa enxurrada de críticas. Entretanto, seu objetivo não é converter ninguém à maximização de riqueza, mas persuadir a todos de que ela é razoável, embora não demonstravelmente ou universalmente correta.

Em um dos artigos utilizados para responder aos seus críticos (*Wealth Maximization Revisited*, de 1985), Posner buscará demonstrar que o dinheiro, para um economista, não é

riqueza, mas simplesmente a medida das coisas que constituem a riqueza das pessoas; a riqueza de todos constitui a riqueza da nação, apresentada pelo fluxo de benefícios e do consumo de bens e serviços, tangíveis e intangíveis, pelas pessoas, sendo certo que medidas como o PIB se tornam, portanto, inadequadas para medir a riqueza da nação (POSNER, 1985, P. 87).

O argumento de Dworkin de que a riqueza não é um componente de valor social, este definido como “algo que tem valor por si só” (2005, p. 356) não corresponde ao seu intento acadêmico. Riqueza, no sentido usado em sua teoria, diz Posner, se parece com utilidade no sentido econômico, mas é distinta do conceito utilitarista de utilidade como felicidade, embora possa haver uma correlação entre felicidade e riqueza, isto é, que a felicidade pode ser um dos fins aos quais a maximização de riqueza pode conduzir (1984, p. 238). Ele afirma que a própria recusa dos economistas modernos de fazer “comparações interpessoais de utilidade” significa, de fato, que eles usam riqueza ao invés de felicidade como critério para a alocação eficiente de recursos.

Ao defender que a riqueza seja um valor no sentido ético, Posner vai perguntar aos seus interlocutores se eles deveriam questionar a si próprios se concordam que monopólios e cartéis são ruins por que levam à redução do valor dos bens produzidos. Se o seu crítico concordar com essa crítica econômica tradicional, então acreditará que a riqueza é um valor ético social. E, embora a economia defenda o contrário, como esse crítico ainda acreditará na possibilidade de comparações interpessoais de riqueza, isto é, que é possível comparar a perda de lucro pelo consumidor pelos ganhos do monopolista (POSNER, 1985, p. 89).

No seu ponto de vista, é preciso ter em mente que a riqueza é um conceito de mercado econômico, e não um conceito de fluido; riqueza é o valor presente do fluxo de renda futura ou outros benefícios gerados pelo capital humano e físico. O fluxo seria pequeno se lamentavelmente direitos de propriedade fossem atribuídos e transferidos com base naquele que obteve maior prazer de ter essa propriedade. As pessoas deveriam cultivar a faculdade do gozo em vez de trabalho árduo; o pequeno produtor e o excedente de consumidor seriam criados (POSNER, 1985, p. 93).

Ao contrário do que assinala Dworkin quanto à dificuldade de atribuição inicial de direitos, Posner diz que a atribuição inicial de direitos de propriedade não é crítica porque é presumível que qualquer um que tenha direitos sobre um bem os venderá ou alugará àqueles que mais valorizam esse bem. O problema da diferença entre o preço ofertado e o preço exigido não será importante aqui, porque os recursos daqueles que apenas usam o bem são utilitaristas, tendem a valorizar os seus bens em valor próximo ao de mercado. O problema

está naquele que não recebe na alocação inicial de recursos, de modo que terá de emprestar recursos de forma incerta e indeterminada. Por isso, Posner chega a sugerir que se deveriam parcelar os direitos igualmente, dando a todos algum capital e então tornar as pessoas aptas para exercerem suas ambições de consumo (1985, p. 94).

Ora, diz, Posner, isso não quer dizer que as implicações da maximização de riqueza sejam “iliberais”. Ele admite que a distribuição original de direitos é arbitrária, e repousa principalmente sobre a sorte. A maximização de riqueza exige que as pessoas com potencial produtivo tenham oportunidade de desenvolver seu potencial, o que exige identificar tais pessoas e torná-las capazes de apresentar ferramentas que precisam para realizar seu potencial. É nesse sentido que surge a igualdade mais ampla, de proporcionar oportunidades, vai maximizar a riqueza da sociedade (POSNER, 1985, p. 95).

Posner procura contra-atacar o argumento de Dworkin no sentido de que a ética da maximização da riqueza “fica no ar”: não se valoriza a riqueza por si mesma, mas por relação a outra coisa, e uma vez identificada essa outra coisa, podemos orientar nossas instituições sociais em direção à consecução desse fim e parar de perseguir o fim meramente instrumental da maximização de riqueza.

A divergência entre maximização de riqueza e utilitarismo está, diz Posner, quando o utilitarismo é contrário a todas as intuições morais. Ele propõe o seguinte exemplo: suponha que alguém tem um sentido bem desenvolvido de prazer a ponto de que recebe em dobro o prazer de um dólar do que alguém que seja frugal. Esse último transferiria o dólar à primeira? Um utilitarista diria que há uma razão, embora deva ser sopesada pelos efeitos adversos na felicidade em geral se a riqueza das pessoas fosse desperdiçada dessa maneira. Sob esse viés utilitarista, esse sopesamento é extremamente individualista e não está preocupado com o lado produtivo da atividade humana.

De acordo com Posner, Dworkin argumenta que a maximização de riqueza não é uma atividade que produza mais bem-estar do que qualquer outra estrutura política ou econômica. Considerando esse argumento, se o objetivo da sociedade é maximizar a transferência da riqueza dos mais para os menos produtivos, colocar a maximização de riqueza como objetivo seria algo equivocado.

Nesse contexto, segundo Posner, o amante do prazer deve trabalhar pesado para ter controle de seus recursos para que possa maximizar seu prazer e assim considerar as instituições que premiam pessoas produtivas. Posner diz não acreditar que a maximização de riqueza seja, na verdade, a maximização de transferência de qualquer coisa, sejam direitos ou mesmo felicidade. Logo, numa sociedade dedicada à maximização de riqueza, o direito de

consumir dependerá da atividade produtiva (POSNER, 1985, pp. 97-98). Entretanto, como Posner não rejeitou por completo o estabelecimento de algum nível de seguridade social, seu argumento, neste ponto, entrou em um curto-circuito lógico (SALAMA, 2009).

Assim, se há algo bom nas sociedades ricas, há algo bom nas pessoas que fazem a sociedade mais rica e elas não são hedonistas, mas frugais e trabalhadoras. Nesse sentido, ao se direcionar para a maximização da felicidade distribuindo e redistribuindo riqueza para aqueles que teriam maior prazer disso é autodestrutiva por que resulta em sociedades pobres e infelizes. A maximização de riqueza, nesse sentido, é um instrumento mais efetivo de obter fins do que o utilitarismo por si próprio, de modo que a maximização de riqueza é a regra correta de decisão mesmo num sistema utilitarista, pois é capaz de realizar trade-offs entre os bens da vida automaticamente (POSNER, 1985, p. 98).

Posner volta a sugerir que a maximização de riqueza combina, portanto, elementos de utilitarismo e individualismo, se aproximando de uma filosofia política consensual. A maximização, assim, tem afinidades com uma filosofia política individualista, segundo a qual uma pessoa é definida por possuir faculdades como a razão e direitos decorrentes dessas faculdades. A conclusão é que cabe ao Estado proteger esses direitos, inclusive o direito de estar voluntariamente em algum ato, o que o aproxima de um “maximizador de riqueza” (POSNER, 1985, p. 99).

É certo, e Posner cede, que certas características do individualismo são difíceis de conciliar com a maximização de riqueza. Assim, por exemplo, todos os autores da tradição individualista acreditam que a escravidão seja injusta mesmo que ela se tornasse justa por meio de uma transação voluntária, como em contratos de servidão perpétua. Todavia, entende que, para o bem ou para o mal, não há nada na maximização de riqueza que diga que a sociedade tem o dever de ajudar os necessitados, sobretudo não tem o dever de fazer com que as pessoas produtivas sustentem as improdutivas (POSNER, 1985, p. 101). Um direito, afirma Posner, implica um dever, e não há base num sistema de maximização para implicar o dever de ajudar alguém a quem não se lesou. Assim como a filosofia política individualista, negligencia o papel da sorte na riqueza e na pobreza e ao fazê-lo dá status moral excessivo à condição de ser uma pessoa produtiva.

Nesse sentido, Posner entende que essa situação é suficientemente problemática para se considerar a teoria da eficiência ou maximização de riqueza incompleta para direcionar o processo decisório, pois constrói uma ponte entre as filosofias utilitaristas e individualistas. Posner considera, então, que a maximização de riqueza divide sim, com o utilitarismo, a ênfase no valor moral das preferências individuais, e com o individualismo a aversão à

coação, conquanto ela seja desejável para a redução dos custos de transação, promovendo bem-estar social suficiente para que ela possa ser considerada para guiar o consentimento quase universal sobre a própria coação. Institutos de direito criminal, propriedade, responsabilidade civil e contratual são desse tipo (POSNER, 1985, p. 102).

Posner, então, reaproxima a maximização da riqueza do utilitarismo, como sugeriu Dworkin em seu artigo apresentado anteriormente. Para Posner, o Estado deveria tentar promover a maior felicidade ao maior número de pessoas possível do que decidir quais preferências são legítimas e quais devem ser consideradas. O utilitarismo, portanto, serve para criar um potencial de redistribuição de riqueza que é consistente com a preocupação da autonomia individual, embora uma preocupação excessiva com a autonomia individual diminuiria a felicidade da sociedade a uma extensão intolerável, impondo mais sacrifícios ao resto da sociedade (POSNER, 1985, p. 102).

Tendo em vista que a principal crítica contra a maximização de riqueza é sua atuação como guia da decisão judicial sem ter um componente redistributivo forte e dada sua aproximação do utilitarismo, para Posner, portanto, seria mais correto dizer que a maximização de riqueza reflete as preferências distributivas das pessoas que produzem a riqueza da sociedade, cabendo ao Estado os esforços redistributivos. Para o maximizador de riqueza, nesses termos, a caridade nem é boa, nem é má, mas dado que ela existe, há o papel legítimo e limitado da redistribuição da riqueza (POSNER, 1985, p. 103).

Posner segue acreditando que a maximização de riqueza pode guiar as Cortes em suas decisões, quando a Constituição ou a legislação não as reprime na iniciativa ou na discricionariedade. Acredita que isso se deve ao fato da *common law* ter a sua forma moderna estabelecida no século XIX, um período em que os valores econômicos eram parte importante da ideologia dominante, o que faz com que se identifique nesse sistema uma tendência a regular os comportamentos jurídicos em áreas onde a redistribuição seja difícil de ser alcançada e onde a única forma de um grupo aumentar sua riqueza é sustentar políticas que levassem a um aumento da sociedade como um todo (POSNER, 1984, p. 242).

Para Posner, a discricionariedade dos juízes não é algo que os maus juízes levam em consideração enquanto os bons juízes extraem conclusões de seus casos de regras dos precedentes e da legislação. Mesmo em um caso difícil, ao contrário do que afirmou Dworkin quanto à inaplicabilidade daquilo que denominou como “princípio do interesse antecedente” (DWORKIN, 2005, p. 426), mesmo os melhores juízes não podem decidir casos difíceis simplesmente pela dedução de premissas encontradas nas fontes jurídicas autorizadas, o que

justamente torna os casos difíceis, de modo que eles tem e devem exercer discricionariedade substancial (POSNER, 1985, p. 104).

Contudo, Posner concorda com os seus críticos que, dada a ausência de qualquer coisa que se aproxime de um consenso sobre o ótimo de distribuição de riqueza (especialmente o ótimo de Pareto<sup>30</sup>) é difícil ver como as Cortes poderiam adotar uma ética redistributiva para guiar suas decisões, dado que as Cortes não tem mecanismos flexíveis para redistribuição existentes em outros poderes do Estado<sup>31</sup>, tais como a tributação e a regulação econômica. Todavia, afirma Posner, a maximização da riqueza seguirá importante onde a discricionariedade judicial é importante.

Dworkin não se convence da defesa da maximização da riqueza enquanto princípio normativo do direito formulada por Posner. Para ele, o uso da teoria econômica na análise do direito carece de suporte filosófico.

Ele afirma que a intenção de sua crítica era demonstrar que a maximização da riqueza poderia apenas ser considerada útil se melhorasse a utilidade ou produzisse algum outro ganho que fizesse com que ela se tornasse valiosa por si própria (DWORKIN, 1984, p. 295).

Encarar a maximização da riqueza como padrão ético é, para Dworkin, insistir que os direitos devam ser atribuídos de tal forma que alcancem a posição que poderia ser alcançada de qualquer forma, pela atividade econômica, mesmo que os direitos sejam inicialmente atribuídos de forma diversa. Mas não podemos sequer especular sobre que situação de atividade econômica produziria esse resultado a não ser que afirmemos algo a respeito da riqueza e de outros direitos dos indivíduos. Na opinião de Dworkin, Posner não pode fazer afirmações arbitrárias do que “provavelmente” pode ocorrer, mas sim o que realmente vai ocorrer em determinada situação.

Para Dworkin, Posner não pode adotar, sob a rubrica da maximização de riqueza, objetivos como a produção de maior felicidade, maior divisão de bens e, ao mesmo tempo, maior proteção de direitos. Essa mistura, diz Dworkin, justamente por que, como ele mesmo

---

<sup>30</sup> De qualquer modo, ao criticar a teoria de Posner, Dworkin pressupõe 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 como uma relação de maximização dos resultados a partir de uma ponderação entre custos e benefícios. Este ponto é importante porque a maximização de riqueza não se resume a uma mera aplicação da ética de Pareto, embora o objetivo de Dworkin, em sua crítica, seja apontar para o perigo da idealização de uma eficiência em termos de Pareto.

<sup>31</sup> Em outro artigo, “A Reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law”, Posner considera que: “(...) *judges lack effective tools for enriching an interest group or social class other than by increasing the society's wealth as a whole in which the favored group or class presumably will share*” (1981, pp. 776-777).

afirmou na definição da maximização de riqueza, felicidade e direitos não podem ser medidos pela mesma moeda, ou seja, não há como fazer trade-offs dessas questões uma em detrimento da outra.

De qualquer modo, Dworkin acredita que Posner não responde ao questionamento sobre por que os juízes deveriam tomar a maximização de riqueza como aplicação conclusiva da utilidade da decisão ao invés de corrigir o teste da maximização da riqueza buscando diretamente a utilidade da decisão naquelas ocasiões em que essa solução pareça mais sábia. É claro, diz Dworkin, que regras que dizem aos juízes para não tomar questões específicas de utilidade em determinados casos (por exemplo, quanto sofrimento um criminoso sofrerá se punido) pode maximizar a utilidade da decisão (no caso, pela aplicação da pena) no longo prazo. A questão que se coloca é se a utilidade é maximizada por uma prática rígida que diz aos juízes para nunca olhar além da maximização da riqueza, nunca examinar os efeitos úteis prováveis mesmo em casos em que os custos de utilidade parecem ser grandes (DWORKIN, 1984, p. 298).

Dworkin conclui, daí, que poderíamos tentar identificar teorias de moralidade política que justificassem não a maximização da riqueza, mas que garantissem uma justificativa independente, pelo menos dentro de circunstâncias apropriadas, apenas para as decisões que a maximização de riqueza pudesse nos fornecer. O fato de Posner justificar a maximização no fato de que “os valores econômicos eram parte da ideologia dominante no século XIX”, parece, na opinião de Dworkin, uma resposta demasiado ambígua para permitir a adoção da maximização da riqueza enquanto princípio normativo restando em aberto, pois, na crítica de Dworkin, o problema da falta de amparo filosófico no uso da teoria econômica à análise do direito.

### **Conclusão – A Análise Econômica do Direito Pós-Chicago de Richard Posner**

Como se vê, cotejar as ideias de Posner e Dworkin é tarefa árdua, sobretudo porque ambos partem de premissas diferentes e veem a teoria geral do direito de formas diametralmente opostas, especialmente no que tange o fim precípua da *common law* e sua relação com as avaliações jurídica, filosófica e econômica dos termos riqueza e eficiência.

Nos anos 1990, após as críticas recebidas aos conceitos desenvolvidos, os adeptos da AED se moveram de uma análise efficientista mais determinística em direção a uma instância intelectual mais pragmática e ainda mais indeterminada. Houve uma fuga das afirmações mais “científicas” do formalismo econômico em favor de uma abordagem mais próxima do senso

comum, de uma perspectiva instrumental enfocada nos objetivos e aspirações sociais (MINDA, 1995b, p. 101). O modelo da análise econômica passou a ir além do modelo do “ator racional”, devendo a análise ser suplementada pela sociologia e pela psicologia, a fim de torná-la mais próxima da realidade da sociedade e de suas instituições. A maior concessão da AED, nesse sentido, foi a de reconhecer que a análise econômica é apenas uma dentre as muitas formas diferentes análises que se empenham na tarefa de desenvolver um conceito de direito mais próximo da realidade, no âmbito da filosofia do direito.

Essa nova fase da Análise Econômica do Direito foi inaugurada por Posner, com a publicação de “*The Problems of Jurisprudence*”, abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundamento ético do direito. A maximização de riqueza, escreveu, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Para Posner, 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” (2007b, p. 503).

Se na obra *Economic Analysis of Law*, em 1973, Posner acreditava que os juízes pudessem discernir economicamente respostas corretas para os problemas jurídicos consultando conceitos de teoria econômica, com sua virada pragmática, marcada pela edição da obra *The Problems of Jurisprudence*, em 1990, Posner se torna mais **cético** sobre a possibilidade de haver **respostas corretas no direito**. Nessa obra, Posner nos oferece um “*Manifesto Pragmático*”, em que busca encorajar os juízes a confiarem na intuição e no senso comum para decidir os problemas jurídicos, adotando a ideia de que grandes mudanças no direito costumam ocorrer como resultado de um processo decisório “não-racional”.

Segundo esse “novo” Posner, a objetividade jurídica exige do juiz o exercício de sua razoabilidade. Ele recorre à economia por razões “puramente instrumentais, práticas e não teóricas” (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 17). Assim, segundo esse novo posicionamento de Posner, a essência da decisão judicial está em considerar as consequências das possibilidades decisórias, de modo que não há decisões corretas do ponto de vista lógico-formal.

Concordamos com Garry Minda no sentido de que a mudança de tom da teoria do direito adotada por Posner é resultado de uma estratégia consciente para isolar seu movimento (a AED) e o seu lugar na história das críticas que surgiram nos anos 1980, em especial as de Ronald Dworkin. Posner procurou oferecer seu pragmatismo como um meio-termo às acusações de formalismo e de indeterminabilidade do postulado da maximização da riqueza. Talvez, para ele, o neopragmatismo derivado da AED seja a melhor alternativa para lidar com

a incredulidade das pretensões científicas dos primeiros adeptos do movimento ao qual aderiu no final da década de 1960 (MINDA, 1995b, p. 103).

Posner se move, portanto, **de uma lógica dos fins para uma lógica dos meios**. Ele passa então a admitir que a eficiência e a maximização da riqueza não podem ser fundamentos para seu pragmatismo jurídico, mas apenas instrumentos para avaliar a solidez das decisões jurídicas, regras e instituições. Desta sorte, o alcance da economia é limitado a ser apenas um método pragmatista, que funciona bem apenas quando há consenso moderado sobre as preferências e valores, isto é, quando a situação se adapta com maior facilidade ao modelo econômico proposto pela primeira geração da AED<sup>32</sup>.

Basicamente, o que se extrai da virada pragmática de Posner é que a eficiência é agora entendida num sentido muito mais amplo do que a maximização da riqueza. Ele será definida em termos de consequências jurídicas das decisões ou instituições produzidas no mundo dos fatos. O que interessará, então, *será descobrir quais decisões produzirão as melhores consequências*.

A partir de então, 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. Ao mesmo tempo em que rejeita a possibilidade de desenvolver uma nova metanarrativa ou fundamento para a filosofia do direito, rejeita a ideia de que o direito seja autônomo, mas, ao mesmo tempo aceita o fato de que o direito seja construído socialmente. As instituições sociais, 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 (SALAMA, 2009).

Veja-se que, embora Posner tenha se esforçado para afastar a maximização de riqueza do utilitarismo e do kantianismo, ao defender que o melhor teste para definição do que seja o direito seja a avaliação de suas consequências, no sentido de maximizar as finalidades e aspirações sociais, o novo pragmatismo de Posner se reaproxima dos ideais utilitaristas, porém sem defendê-lo, o que torna a sua nova teoria “frouxa” de fundamentos filosóficos, embora pareça ao senso comum mais aceitável do que a defesa da Análise Econômica do Direito.

---

<sup>32</sup> Por exemplo, Posner acredita que há mais homogeneidade em setores como a lei antitruste, a regulamentação ambiental, na prova dos prejuízos comerciais, simplesmente por serem temas que abrangem um consenso sobre a ideia de mercado livre, amplamente difundida nos Estados Unidos – (1987, p. 03; HT, 2008, p. 237).

Portanto, o que se extrai do primeiro *round* do debate Posner x Dworkin não é propriamente saber se a eficiência pode ser igualada à justiça enquanto valor fundamental, pois, como vimos, a resposta dada por Posner às críticas de Dworkin deixam a questão ainda em aberto ou, como visto acima, selada com um laço filosófico bem frouxo. Mais importante do que isso, é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar de um exame que considere a maximização da riqueza como fundamento ético possível de alguma forma ao direito.

Há de se ter em mente, portanto, que ambos têm concepções metafísicas distintas acerca da ontologia do Direito. Suas respostas sobre o conceito de direito são distintas. Consequentemente, posições teóricas que decorrem destas concepções também. Por isso, não há como escolher uma das duas posições sem, efetivamente, adotarmos uma posição que parece descrever melhor o que se é Direito. Para Dworkin adotar a tese da integridade do Direito, a resposta a um caso é a resposta certa. Para Posner, a partir de sua virada pragmática, o direito será aquilo que o juiz decidir, afirmação que levanta uma série de outros questionamentos, os quais serão objeto do segundo *round* da discussão entre esses dois grandes autores do direito.

## **Bibliografia**

BERTRAN, Maria Paula Costa. **Interpretação contratual e análise econômica do direito: o caso da revisão dos contratos de *leasing***. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 160p.

DWORKIN, Ronald M. a Reply by Ronald Dworkin. in **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**. Marshall Cohen Ed., Duckworth, 1983, pp. 247, 298

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

KRONMAN, Anthony T. Wealth Maximization as a Normative Principle. **Journal of Legal Studies**, vol. 09, 1980, pp. 227-242

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Posner e a Análise Econômica do Direito**: Da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGGE, Bryan. **História da Filosofia**. Tradução Marcos Bagno. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 240p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to postmodernism and beyond. 2ª ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. 385p.

MINDA, Gary. One Hundred Years of Modern Legal Thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag. **Indiana Law Review**, v. 28, pp. 353-390, 1995a.

\_\_\_\_\_. **Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995b. 350p.

POSNER, Richard Allen. A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. **Hofstra Law Review**, v. 09, pp. 775-794, 1981.

\_\_\_\_\_. Dworkin's critique of wealth maximization. In **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**. Marshall Cohen Ed., Duckworth, 1983, pp. 238-243.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007a. 787p.

\_\_\_\_\_. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 387p.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. 647p.

\_\_\_\_\_. Some uses and abuses of economics in law. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, nº 02, pp. 281-306, 1979a.

\_\_\_\_\_. The decline of law as an autonomous discipline. **Harvard Law Review**, v. 100, pp. 761-780, 1987a.

\_\_\_\_\_. **The Economics of Justice**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2<sup>a</sup> ed.

\_\_\_\_\_. The ethical and political bias of the efficiency norm in common law adjudication. **Hofstra Law Review**, v. 8, pp. 487-507, 1980a.

\_\_\_\_\_. The law and economics movement. **The American Economic Review**, v. 77, nº 2, pp. 01-13, mai. 1987b.

\_\_\_\_\_. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. **The Journal of Legal Studies**, v. 09, pp. 243-252, 1980b.

\_\_\_\_\_. Tribute to Ronald Dworkin – And a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, v. 63, pp. 09-13, 2007c.

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, economics and legal theory. **The Journal of Legal Studies**, v. 08, pp. 103-140, 1979b.

\_\_\_\_\_. Wealth maximization revisited. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**. v. 02, pp. 85-105, 1985.

RYERSON, James. The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner. In **Lingua Features** – The review of academic life online. v. 10, nº 04, mai, 2000. Disponível em: <<http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/Posner.html>> Acesso em: 19.nov.2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *In*: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. No prelo, Disponível em <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em 15.ago.2009.

\_\_\_\_\_. Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner. **Fundação Getúlio Vargas**. Direito GV, São Paulo, ago, 2008. Disponível em <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)>. Acesso em 15.ago.2009.