

A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica

The Economic Analysis of Law by Richard Posner and unrealistic assumptions of neoclassical economics

Luana Renostro Heinen¹

Resumo: O artigo trata dos pressupostos teóricos da economia neoclássica adotada por Richard Posner para construir sua proposta de Análise Econômica do Direito (AED). Formula-se uma crítica (com apoio em Karl Polanyi, Frédéric Lebaron e Luiz Carlos Bresser-Pereira) quanto ao excesso de abstração (e de irrealismo) da economia neoclássica, buscando demonstrar que seus pressupostos não são neutros ou naturais, mas escolhas políticas. Argumenta-se que o irrealismo de tais pressupostos ficou demonstrado com a crise econômica de 2008, tendo em vista que a crise implicou em mudança de postura teórica de Posner, que se tornou um keynesiano. Por fim, aponta-se a importância da análise macroeconômica para a compreensão da economia e a necessidade de que Posner reveja toda a sua proposta de AED para adequá-la aos pressupostos da teoria de Keynes.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito, Richard Posner, Microeconomia, Macroeconomia, Realismo.

Abstract: The article deals with the theoretical assumptions of neoclassical economics adopted by Richard Posner to build his proposed Economic Analysis of Law (EAD). It formulated a critique (with support in Karl Polanyi, Frédéric Lebaron and Luiz Carlos Bresser-Pereira) as the excess of abstraction (and unrealistic) of neoclassical economics, seeking to demonstrate that its assumptions are not neutral or natural but political choices. It is argued that the unreality of such assumptions was demonstrated by the 2008 economic crisis, given that the crisis led to a change of Posner's theoretical stance, who became a Keynesian. We highlight the importance of macroeconomic analysis for understanding the economy and the need that Posner review his EAD proposed to adapt it to the assumptions of Keynes's theory.

Key-words: Economic Analysis of Law, Richard Posner, Microeconomics, Macroeconomics, Realism.

1 Introdução

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) iniciou-se na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950, com orientação marcante do economista Aaron Director² que buscava aplicar insights econômicos a casos legais em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial. Já a

¹ Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Professora Substituta de Filosofia do Direito do Curso de Graduação em Direito da UFSC. É pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI).

² “Director’s problem at the Law School was how to turn his lawyer colleagues round to taking economic analysis seriously. Director, a brilliant economist, applied economic insights to legal cases, in particular in antitrust law (Duxbury, 1995, pp. 343-344; Manne, 1993, p. 5 f.). Accepted wisdom at the time, stemming from the depression and the New Deal, held that in order to achieve effective competition, industry had to be closely supervised and regulated. Director showed this conclusion in most cases to be unwarranted, indeed counterproductive: monopoly was more often alleged than it was effectively present and detrimental to consumer interests.” (MACKAAY, 2000, p. 72)

partir de 1960, iniciou-se a nova escola da AED – hoje reflete o núcleo central de trabalho da Escola de Chicago – que passou a estudar âmbitos do direito não estritamente relacionados com a economia como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, também, regras de Direito Penal e Processual. Essa segunda fase é particularmente marcada pelos trabalhos de Ronald Coase sobre os custos de transação.³

Richard Posner insere-se nessa segunda fase da escola e foi responsável, juntamente com Gary Becker, pela grande disseminação⁴ da proposta da AED nos meios jurídicos.

A Escola de Chicago se propõe a descrever o fenômeno jurídico (normas, decisões judiciais, relações jurídicas, etc.) a partir de mecanismos fornecidos pela economia neoclássica. Porém, a AED congrega diferentes tendências – além da Escola de Chicago – que se vinculam a diferentes concepções de economia e metodologias de trabalho⁵.

Apesar dessa diversidade, a Escola de Chicago, que tem Richard Posner como principal representante, parece ser a mais difundida no Brasil⁶ e quase sempre é confundida como representativa de todo o movimento. Além disso, Chicago lançou em 2011 um projeto de difusão da AED, o projeto *Law and Economics 2.0*⁷.

Devido à difusão optei por me debruçar sobre a obra de Richard Posner. O artigo se inicia (item 2) com uma exposição sobre a constituição da corrente neoclássica da economia, que serve de base para a análise econômica de Posner. Na segunda parte (item 3) analiso os pressupostos econômicos adotados por Posner. Na terceira parte do artigo (3), faço alguns apontamentos críticos (com apoio em Polanyi, Lebaron e Bresser-Pereira) quanto ao excesso de abstração (e de irrealismo) da economia neoclássica, buscando demonstrar que não são

³ O “teorema de Coase” predica que “las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un [...] síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad” (AGUILERA et al., 2001, p. 333). De tal maneira, Coase advertia sobre as implicações e *feedbacks* entre o “sistema jurídico y el sistema económico, hasta el punto que un inadecuado desarrollo legislativo puede generar la presencia de fallos de mercado y por tanto asignaciones ineficientes” (AGUILERA et al., 2001, p. 333).

⁴ A proposta da AED ganhou maior confiança nos meios jurídicos com o trabalho, na Universidade de Chicago, do jurista Richard Posner (com o livro *Economic Analysis of Law*, primeira edição de 1973) e do economista Gary Becker (com a proposta de a utilizar a teoria neoclássica de preços para explicar questões jurídicas tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes).

⁵ Dentre elas pode-se apontar, por exemplo, a Escola de Yale (conhecida como normativista e liberal-reformista, congrega nomes como Guido Calabresi e Jules L. Coleman), a Nova Economia Institucional (inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, tem como representantes Douglas North e Oliver Williamson) e a Escola da Escolha Pública (que aplica o modelo neoclássico de racionalidade para a análise de fenômenos políticos como votações e eleições, seu principal representante é James Buchanan) (cf. SZTAJN, 2005).

⁶ Cabe destacar que na Universidade de São Paulo há o programa de pesquisa “Diálogos FEA & Largo São Francisco”, realizado entre as Faculdades de Economia, Administração e Direito que é fortemente influenciado pela Escola da Nova Economia Institucional.

⁷ Trata-se do projeto *University of Chicago Law School Institute for Law and Economics* que tem como objetivo expandir a influência desta escola de análise econômica do direito para partes da Europa nas quais a AED tem baixa influência, bem como China, Índia e América Latina. A proposta, operacionalizada com captação de recursos privados, contará com um investimento financeiro de um milhão de dólares/ano, para que possa ser criado um programa de treinamento global em direito e economia, inclusive focado em magistrados e membros do Judiciário. “O Instituto será o centro para cinco novos programas: a Iniciativa de Globalização da Law and Economics; um programa de formação judicial; o apoio à experimentos de direito e economia; um programa para promover pesquisa empírica e ensino em conjunto entre direito, negócios e faculdades econômicas; e, um novo programa de JD/PhD em direito e economia”. (LAW AND ECONOMICS..., 2011, tradução livre). O aspecto mais importante da iniciativa é, portanto, a busca de globalizar seu poder, procurando transformar os sistemas jurídicos de outros países ainda estereis à AED: “Queremos pegar as disciplinas made-in-America, conhecimento e idéias, e tentar exportá-los para locais onde não estão sendo usados” (LAW AND ECONOMICS..., 2011, tradução livre).

pressupostos neutros ou naturais como se propõe, mas escolhas políticas que poderiam, por serem escolhas, ser feitas de outra maneira.

Analiso ainda as mudanças na postura de Richard Posner após a crise econômica de 2008 (item 4). De defensor do livre mercado e sua autorregulação, após a crise Posner se tornou um keynesiano, reconhecendo as limitações da análise microeconômica.

Nas considerações finais, rejeito a proposta da extensão da crença econômica ao direito e aponto a necessidade de que Posner reveja toda a sua proposta de AED, devido às novas bases econômicas por ele adotadas após a crise (o keynesianismo).

2 A ciência econômica

A Economia nasceu como Economia Política⁸ (século XVII), quando se incluíam no trato das questões econômicas, questões políticas – havia uma grande preocupação com a gestão governamental da economia.⁹

Posteriormente a Economia Política tornou-se somente *economics* (economia), Alfred Marshall foi quem sugeriu a adoção desse nome, mais amplo e neutro (cf. BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 6).

A revolução marginalista (ocorrida por volta de 1870) possibilitou significativas mudanças tecnológicas e a quantificação na disciplina, que se dividiu, a partir de então, em Economia Positiva (a abordagem científica e matemática) e as artes das aplicações da economia.¹⁰

O marginalismo (termo que remete a adoção do cálculo diferencial) foi uma corrente que se inaugurou com o desenvolvimento – independente – das obras de Carl Menger, William Jevons e Léon Walras¹¹. Esses autores definiam o valor de um bem a partir da

⁸ “Todos os clássicos o usaram [o nome Economia Política]. Embora pudesse merecer críticas, este nome marcava bem a preocupação da economia com o geral, com o sistema econômico como um todo, e ainda salientava o total compromisso desta ciência com o mundo real e com as formas de intervir “politicamente” no mesmo. A economia era política porque estava indissolavelmente associada ao comportamento dos governos e dos indivíduos no sentido de alcançar os objetivos econômicos dos seus respectivos países”. (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 6)

⁹ A disciplina “Economia Política” emergiu vinculada à razão de Estado e é apontada por Michel Foucault (2008, p. 14-7) como o surgimento de uma limitação interna da razão governamental. Essa limitação interna implicava em usurpação da legitimidade do soberano: como não governar demais. A autolimitação da razão governamental era, então, *deixar fazer*: o liberalismo, que modifica fundamentalmente a razão de Estado sem questionar seus fundamentos. O liberalismo é o quadro geral da biopolítica: os sujeitos de direito surgem como população a ser administrada. “Com a emergência da economia política, com a introdução do princípio limitativo na própria prática governamental, realiza-se uma substituição importante, ou melhor, uma duplicação, pois os sujeitos de direito sobre os quais se exerce a soberania política aparecem como uma população que um governo deve administrar”. (FOUCAULT, 2008, nota de rodapé – p. 30)

¹⁰ Essa divisão se reflete naquela proposta por Milton Friedman em 1953 (*The Methodology of Positive Economics*) entre Economia Positiva (descritiva) e Economia Normativa (prescritiva).

¹¹ “Walras não foi o único a sugerir a condição marginal. Enquanto ele trabalhava em seu livro, Stanley Jevons, na Inglaterra, e Karl Menger, na Áustria, deduziram a mesma condição. O que distinguiu Walras foi o reconhecimento de que mercados individuais não podem ser estudados isoladamente: todos eles são interligados.” (CASSIDY, 2011, p. 57).

utilidade, um elemento subjetivo, ou seja, a capacidade de bens e mercadorias satisfazerem as necessidades humanas.¹²

A economia conhecida como neoclássica, então, se desenvolveu a partir da revolução marginalista, por meio da expulsão dos valores que afetavam a cientificidade da Economia, adotando, para tanto, um modelo mecânico: “A metáfora mais conhecida da ciência moderna – a máquina – é incorporada à explicação do funcionamento dos sistemas econômicos: a Economia é uma máquina que produz mercadorias. Suas partes constituintes (ou 'partículas básicas') são os consumidores, as firmas, e os governos.” (FERNANDEZ, 2004, p. 140).

A economia dos neoclássicos é fundamentalmente microeconomia, porque constrói sua análise da *economy* a partir de dois elementos “micro”, os agentes econômicos privados básicos: consumidores e produtores. Partindo desse aspecto “micro” busca uma compreensão do funcionamento do sistema econômico, tendo como preocupação fundamental definir as condições do equilíbrio geral da economia.

A microeconomia é também chamada Teoria dos Preços porque o mecanismo básico de coordenação entre consumidores e produtores, dentro de uma economia de mercado (ao contrário de uma economia administrada), é o preço. Desde que estabeleçamos a forma pela qual é determinado o preço no mercado, teremos compreendido o processo de funcionamento do sistema capitalista. (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 04)

A microeconomia estuda, então, a oferta, que depende dos produtores, e a procura, que é influenciada pelo comportamento dos consumidores, para estabelecer o preço de cada mercadoria, o que determina a quantidade a ser produzida de maneira a se conduzir ao equilíbrio¹³. Essa análise que conduz à ideia de equilíbrio geral do mercado adota como hipótese fundamental de trabalho a ideia da concorrência perfeita:

[...] um grande número de compradores e de vendedores concorrendo, em termos de preço, na venda de produtos homogêneos e perfeitamente divisíveis, nenhum dos vendedores ou compradores sendo capaz, isoladamente (por serem todos pequenos relativamente ao mercado), de influenciar o mercado com sua política particular de preços. (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 05)

São, portanto, pressupostos fundamentais da análise neoclássica: 1) a ideia de que o mercado tende ao equilíbrio¹⁴ (se perturbado por causas externas, voltará a acomodar-se) e

¹²Segundo Fernandez (2004, p. 139): “Com efeito, esses autores promoveram uma verdadeira revolução metodológica no âmbito da disciplina, uma vez que não apenas introduziram novas técnicas matemáticas (em especial o cálculo diferencial) e ampliaram essa linguagem na teorização econômica, como também defenderam uma separação bastante nítida entre ciência e arte.”

¹³“A teoria do consumidor tem por base a teoria da utilidade marginal; a teoria da produção inicia-se com a lei dos rendimentos decrescentes e o estudo dos custos e da receita das empresas. Em seguida, através de dois conceitos básicos - o de custo e o de receita marginal - chega-se à determinação da oferta e concomitantemente, à determinação do preço (já que para o estudo da receita já fora previsto levar em consideração a procura). Os preços, assim estabelecidos, vão determinar, automaticamente, a quantidade a ser produzida de cada mercadoria, de forma a se obter um equilíbrio geral, com satisfação máxima para consumidores e produtores”. (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 04)

¹⁴Trata-se da teoria geral do equilíbrio desenvolvida por Walras: “Para cada setor da economia, Walras escreveu duas equações: uma para a demanda e outra para a oferta. Depois perguntou se havia um conjunto de preços capaz de satisfazer esse sistema de equações simultâneas. Se tal solução existisse, ela equacionaria a oferta em cada mercado e seria, portanto, um ‘equilíbrio geral’”. (Walras inventou a expressão).

pode, portanto, promover a alocação ótima de recursos; 2) que os agentes individuais são racionais, ou seja, agem e devem agir na busca de seus interesses próprios, o que irá favorecer e promover o interesse público; 3) os recursos são escassos e devem ser distribuídos por meio do mercado, o mecanismo mais eficiente.

Esses pressupostos vão embasar o desenvolvimento do que vamos nomear aqui, com apoio em Foucault (2008), de neoliberalismo. Segundo Foucault (2008, p. 306), o neoliberalismo vai produzir uma mutação epistemológica na economia: de uma visão clássica do objeto da economia como processos (do capital, do investimento, da máquina, etc) para o estudo de como os indivíduos escolhem alocar recursos raros entre fins alternativos, em resumo, para uma análise do cálculo que fazem os indivíduos. A ciência econômica será, então, **a ciência do comportamento humano como uma relação entre fins e meios**¹⁵.

E é justamente o desenvolvimento dessa perspectiva da ciência econômica como ciência do comportamento humano que vai ser adotada pelos autores da Escola de Chicago, especialmente desenvolvida por Gary Becker e sua teoria do capital humano e Richard Posner e sua extensão da AED para os mais diversos setores do Direito. É possível afirmar, então, com apoio em Foucault que a abordagem de Posner é uma abordagem neoliberal, com apoio na microeconomia neoclássica, mas que estende a análise dos neoclássicos para todo e qualquer comportamento humano.

Nessa perspectiva, o trabalhador passa a ser visto como sujeito econômico, como capital (é uma fonte futura de renda: o salário) e máquina (que vai produzir fluxos de renda), vai ser visto como um empresário de si mesmo: o *homo economicus*: “sendo ele próprio seu capital, sendo para si mesmo seu produtor, sendo para si mesmo a fonte de [sua] renda” (FOUCAULT, 2008, p. 311). Tudo vai ser analisado a partir de uma perspectiva de investimento na geração de um capital humano: o trabalhador com competências específicas, ou seja, um capital qualificado para gerar renda.

A ideia de *homo economicus* e sua generalização a áreas ainda inexploradas (inclusive ao Direito) conduz à identificação do objeto da economia a toda conduta que implique uma alocação ótima de recursos raros. Generaliza-se mais ainda a ideia para abarcar

Depois de contar o número de equações em seu sistema e mostrar que era igual ao número de preços a serem determinados, ele afirmou que tal solução de fato existia e era exclusiva. O sistema de preços funcionava!” (CASSIDY, 2011, p. 57).

¹⁵ “Praticamente, a análise econômica de Adam Smith, ate o início do século XX, tinha, como objeto, *grosso modo*, o estudo dos mecanismos de produção, dos mecanismos de troca e dos fatos de consumo no interior de uma estrutura social dada, com as interferências desses três mecanismos. Ora, para as neoliberais, a análise econômica deve consistir, não no estudo desses mecanismos, mas no estudo da natureza e das consequências do que chamam de opções substituíveis, isto é, o estudo e a análise da maneira como são alocados recursos raros para fins que são concorrentes, isto é, para fins que são alternativos, que não podem se superpor uns aos outros”. Em outras palavras, tem-se recursos raros, tem-se, para a utilização eventual desses recursos raros, não um só fim ou fins que são cumulativos, mas fins entre os quais é preciso optar, e a análise econômica deve ter por ponto de partida e por quadro geral de referencia o estudo da maneira como os indivíduos fazem a alocação desses recursos raros para fins que são fins alternativos.” (FOUCAULT, 2008, p. 306).

toda conduta que lide com escolhas de meios para alcançar fins, ou seja, a toda conduta racional. Posteriormente, a análise estende-se, ainda, para toda conduta, racional ou irracional: segundo Gary Becker a toda conduta que “aceite a realidade”, ou seja, que responda a modificações nas variáveis do meio.¹⁶

3 A Análise Econômica do Direito – Escola de Chicago

A obra de Richard Posner *Economic Analysis of Law* (1973) representou um importante passo para a difusão da AED, tendo em vista que serviu como um manual que consolidou as teorias e serviu de guia para os estudantes de Chicago.

Nessa obra Posner se utiliza da economia para construir uma teoria explicativa (descritiva) dos institutos jurídicos, considera que tais institutos podem ser explicados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Também propõe uma teoria normativa, em que avalia como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes.

Para realizar essa análise, Posner adota a visão da microeconomia neoclássica. Ao tratar do que é economia, o autor diz:

[...] la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su “interés propio”. (POSNER, 2007a, p. 25)

Essa ideia de natureza humana adotada por Posner e pelos neoclássicos está no centro da explicação econômica (positiva e normativa) e implica, como apontam Hausman e McPherson (2008, p. 235), em uma racionalidade que é formal porque se refere à estrutura ou forma de se escolher, não ao conteúdo da escolha.

Há dois pressupostos para racionalidade apresentada: 1) os indivíduos têm preferências e são capazes de ordená-las; 2) essas preferências tem caráter material (as preferências são racionais se são completas e transitivas) (cf. HAUSMAN; MCPHERSON, 2008, p. 234).

Essa visão da natureza humana racional conjuga-se, na AED, ao individualismo metodológico: “The explanatory individualism that economists typically assume maintains

¹⁶ A mudança é significativa, do homo economicus do laissez-faire (um parceiro do governo), para o homo economicus que aceita a realidade: “esse homo economicus aparece justamente como o que é manejável, o que vai responder sistematicamente a modificações sistemáticas que serão introduzidas artificialmente no meio. [...] é aquele que é eminentemente governável.” (FOUCAULT, 2008, p. 369)

that the fundamental explanatory principles or laws (apart from the laws of the natural sciences) should concern the preferences, beliefs, and choices of individual human beings”. (HAUSMAN; MCPHERSON, 2008, p. 234)

Assim, para Richard Posner os fenômenos sociais (mediados pelas leis, decisões judiciais, etc.) podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional. A ideia de escolha individual racional sustenta, portanto, toda sua análise do direito.¹⁷

Afirma Posner: “El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así.” (POSNER, 2007a, p. 26).

Desta proposição Posner (2007a, p. 26-35) deriva três principais fundamentos da economia: 1) a lei da demanda (existe uma relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada); 2) equilíbrio competitivo (as forças da concorrência tendem a fazer o custo de oportunidade – refere-se ao benefício sacrificado ao se empregar um recurso de maneira que não possa mais ser utilizado por outrem – o preço máximo e mínimo); 3) o mercado livre é eficiente: mediante um processo de troca voluntário, os recursos tendem a se deslocar até o uso em que seu valor para os consumidores é o mais alto (medido pela disposição para pagar). Quando os recursos estão sendo usados onde seu valor é mais alto, Posner considera que estão sendo usados de maneira eficiente.

Com apoio nesses pressupostos fundamentais, Richard Posner propõe, então, construir uma **nova teoria jurídica unificada a partir da contribuição da economia**. O pressuposto assumido por Posner para a construção de sua teoria é de que **a função do direito é facilitar a operação dos mercados livres e, onde haja custos de transação proibitivos, o direito deveria imitar o mercado**, criando o resultado a ser esperado caso as transações fossem factíveis. Para isso ele se vale de três chaves para compreender as questões de teoria do direito: a economia, o pragmatismo e o liberalismo.

A contribuição do pragmatismo (ou *practicalismo*¹⁸) relaciona-se com a preocupação prática e instrumental, não essencialista, ou seja, um interesse “por aquilo que funciona e é

¹⁷ “If one conjoins this basic view of human nature with explanatory individualism, one arrives at the view that the central explanatory principles of economics should be principles of rational individual choice.” (HAUSMAN; MCPHERSON, 2008, p. 235)

¹⁸ Posner nomeia seu pragmatismo de cotidiano, aquele adotado pelo povo americano, em contraposição ao pragmatismo filosófico que seria excessivamente acadêmico e desvinculado da prática. O pragmatismo cotidiano defendido por Posner estaria presente na vida dos americanos como um ponto de vista cultural não teorizado, simplesmente vivenciado: (...)uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério do que funciona, demandar, na expressão perspicaz de William James, o 'valor pecuniário' de crenças particulares, julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e a prosperidade da pessoa. (POSNER, 2010, p. 39). Seu pragmatismo cotidiano, uma das bases de sua teoria do Direito, parece ser uma tentativa de

útil, e não por aquilo que 'realmente' é” (POSNER, 2009a, p. 4). O pragmatismo de Posner é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, que **nutre uma crença na possibilidade de alcançar o progresso por meio da ação humana calculada**. Essa filosofia valoriza as teorias científicas quando elas são capazes de atuar como ferramentas para explicar, prever e, por meio da tecnologia, controlar e entender o ambiente físico e social.

Justamente essa valorização da ciência experimental é que vai abrir as portas para a economia, que é considerada por Posner uma ciência instrumental e empírica por excelência (cf. 2009a, p. 20). **A economia poderia colaborar, especialmente, por meio da elaboração de modelos de comportamento que ajudem na previsibilidade e controle das ações humanas.**¹⁹

Por fim, o último pilar de sua teoria jurídica é o liberalismo, entendido no sentido clássico (John Stuart Mill) como defesa da máxima liberdade do indivíduo desde que compatível com as liberdades dos outros²⁰. Posner adota o liberalismo para evitar, segundo ele, implicações autoritárias possíveis da teoria econômica e do utilitarismo: afirma que a eficiência não tem prioridade sobre a liberdade. Além disso, defende ser o liberalismo a filosofia mais adequada para uma sociedade em que não há consenso quanto aos fundamentos da moral.²¹

E como produzir essa mudança na teoria jurídica? Mudar a maneira como o direito é ensinado nas Faculdades. Para tal Posner propõe o ensino de habilidades e disciplinas ainda não ministradas nas faculdades de direito: “trabalhar com modelos matemáticos, análise estatística, coleta de dados e experimentação; o conhecimento das instituições jurídicas nacionais e estrangeiras, e das partes pertinentes das disciplinas (economia, ciência política, estatística, filosofia, psicologia) que têm afinidade com o direito; a ética científica” (POSNER, 2007b, p.626)

apreensão da moral imperante na sociedade americana, moral aqui entendida no sentido de guia de ações, de guia de escolhas e maneira de se posicionar com relação aos valores. Posner substitui a busca pela fundamentação moral na teorização abstrata (metafísica) ou no debate público – como meio de se chegar a um acordo sobre o que é moral –, pela sua capacidade de apreender o comportamento imperante na sociedade em que vive, a americana.

¹⁹ Sobre como Posner vê a economia: “A economia imagina o indivíduo não como 'homem econômico', mas como pragmatista; como alguém que baseia suas decisões não em custos irre recuperáveis, (...) mas nos custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto. (...) Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessário fazer uma escolha”. (POSNER, 2009, p. 16)

²⁰ “Em A liberdade [de Stuart Mill], afirma-se que toda pessoa tem direito à máxima liberdade – tanto pessoal quanto econômica – compatível com a de todos os outros integrantes da sociedade. Nem o Estado nem a opinião pública devem procurar reprimir atos “auto-referenciados”, isto é atos que não causam dano palpável aos outros indivíduos” (POSNER, 2009, p. 25).

²¹ A preferência pelo liberalismo relaciona-se, também, ao tipo de personalidade que se gostaria de fomentar: indivíduos com comportamento autoafirmativo e autossuficiente – o homem como ser que fabrica a si próprio, afirma Posner citando George Kateb (cf. POSNER, 2009, p. 29).

Além de mudanças acadêmicas, Posner (2009a, p. 84) sugere que a profissão jurídica deveria ser mais desregulamentada, pautada por critérios do livre mercado para aumentar a “concorrência” (o que, segundo o pressuposto do livre mercado, iria gerar mais eficiência), que a legislação deveria ter forte influência de profissionais advindos da economia e que o **judiciário deveria se especializar para compreender melhor as questões a partir da perspectiva da economia e avaliar adequadamente as consequências** de uma determinada decisão.

Sua proposta, apesar de reconhecer os problemas do ensino jurídico tradicional, fechado nas fronteiras do próprio direito, adquire uma orientação política específica que se relaciona com o neoliberalismo: quantificar as questões para facilitar as decisões. Avaliar adequadamente as consequências de uma decisão é, para Posner, avaliar de acordo com a economia neoclássica: “[...] **conforme o direito, como as demais esferas da vida social, torne-se mais quantitativo e computadorizado, as preocupações tradicionalmente relacionadas à teoria do direito parecerão e serão cada vez mais irrelevantes**”. (POSNER, 2009a, p. 84-85, grifei)

A avaliação de questões jurídicas por meio das ferramentas econômicas poderia possibilitar a quantificação e a criação de um sistema de informações semelhante ao mecanismo de preços, facilitando, assim, o processo decisório dos magistrados e também a adoção de determinadas normas pelo legislativo. Os argumentos de Posner, porém, apesar de almejarem o alcance da eficiência pelo caminho supostamente “natural” da economia, implicam a imposição de padrões, práticas e maneiras de pensar e agir vinculadas a uma perspectiva econômica (o neoliberalismo) para as mais diversas áreas da vida mediadas pelo judiciário e pelo legislativo. Esse transplante da lógica neoliberal para o direito não é, porém, neutro. Poder-se-ia afirmar, com apoio em Dardot e Laval (2010) que a AED-Chicago se configura como um dos mecanismos de reconfiguração do Estado neoliberal, que passa a atuar como difusor daquelas que são consideradas as “melhores práticas” pelo sistema econômico.

3.1 A AED como mecanismo de reconfiguração do Estado neoliberal

Como bem advertem Pierre Dardot e Christian Laval (2010), a quantificação é um mecanismo utilizado pela política neoliberal para transformar situações que não são tipicamente de mercado em situações de *quase mercado*, ou seja, para transplantar a lógica neoliberal (da concorrência) para todos os setores da vida.

Isso porque o neoliberalismo não é simplesmente a retirada do Estado para conferir ao mercado, mas é uma política econômica que impõe um esquema de padrões de práticas e comportamentos pautadas pela concorrência. O Estado é, então, reconfigurado pelo neoliberalismo e atua como um dos principais agentes na difusão dessas “melhores práticas”. Segundo esses autores o “neoliberalismo se caracteriza pela transformação da concorrência na *forma geral* das atividades de produção, em particular aquelas que produzem os serviços não mercantis, e das relações sociais, mesmo fora da esfera produtiva”. (DARDOT e LAVAL, 2010, p. 37)

A avaliação quantitativa vai ser o mecanismo utilizado para transpor para todas as esferas da vida a lógica da concorrência porque possibilita a criação dos quase-mercados por meio de quase-moedas, que implicam avaliar, dar um valor ao que fazem os indivíduos e partir desse valor, impor uma lógica de desempenho que vai se tornar a regra mesma da subjetividade desses indivíduos.

A vantagem de um sistema de preços é que ele é autorreferencial (não se refere a outro sistema de valores) e possibilita, conseqüentemente, decisões rápidas a partir dessas informações simplificadas.

A gestão de desempenho se direciona, então, para um objetivo econômico de eficiência, objetivo conseguido por meio de uma modificação da subjetividade que consiste em constituir as pessoas em sujeitos de valor. Constrói-se situações de “quase-mercados” onde não havia mercado, exige-se daqueles que estão envolvidos que joguem como se fossem empresas, gerindo seus esforços para maximizar seus lucros. Esses ambientes de intensa concorrência não são, entretanto, os lugares da escolha: não há escolha. Em situações de mercado é necessário jogar.

Busca-se naturalizar o que é politicamente construído, fazer parecer normal o que advém de uma construção: a imposição do regime da concorrência a todas as esferas da vida²².

Assim, vê-se que o projeto da AED-Chicago visa, na verdade, estender para todos os âmbitos da vida, utilizando-se do direito e sua teoria jurídica uma característica do capitalismo: a concorrência. Trata-se, assim, de um projeto político com bases assentadas no projeto político neoliberal, conforme o expõe Dardot e Laval.

²² “Publique ou pereça”: a máxima que vale para os pesquisadores não é mais que a tradução setorial de 'vender ou morrer', de 'se vende ou se morre' no mercado de trabalho. Em outras palavras, a lógica da situação consiste em naturalizar o que é politicamente construído, fazer que os indivíduos terminem por achar natural o funcionamento do regime de concorrência”. (DARDOT e LAVAL, 2010, p. 48)

3.2 Os pressupostos da economia neoclássica: erro lógico, generalização e irrealismo

Como visto, a economia neoclássica que serviu de base para o desenvolvimento do neoliberalismo e da Escola de Chicago, adota três pressupostos econômicos fundamentais: a ideia de equilíbrio do mercado e sua eficiência, de racionalidade individual e de escassez dos recursos.

Aponto, a seguir, algumas das críticas a tais pressupostos.

A partir de uma análise histórica do pensamento econômico, Karl Polanyi contribui a demonstrar que a racionalidade econômica assentada na ideia de escassez/maximização não caracteriza a economia, mas sim a ação humana em geral. Segundo Polanyi, pode-se tratar da economia no sentido formal e substancial: o formal considera a escassez e a relação meios-fins; e o outro que é substantivo, “aponta para a realidade elementar de que os seres humanos [...] não podem existir sem um meio físico que os sustente.” (POLANYI, 2012, p. 63) A satisfação das necessidades (que não são somente materiais) depende de meios materiais. Fundir os dois sentidos em um somente, reforça a falácia economicista e sua figura mitológica, o homem econômico.

A cisão entre os dois sentidos de econômico iniciou-se com Carl Menger, em 1870, que defendeu a ideia de escassez e maximização (vertente economizadora) frente a outras organizações econômicas que não tinham sistemas de mercado, decorrente dos requisitos físicos da produção (orientação tecnoeconômica). Porém, a distinção de Menger foi esquecida e a vertente economizadora fundou toda a economia neoclássica, tendo desaparecido o significado material.

Polanyi nomeia essa confusão de *falácia economicista*, que se concretizou em um erro lógico que consistiu em igualar toda a economia humana com a forma de mercado²³.

Nesse sentido, portanto, a teoria neoclássica se desenvolveu sob a base da falácia economicista. Falta-lhe reconhecer que a economia não se reduz ao mecanismo de oferta-procura-preço, até porque essa redução constrói o mercado como um autômato que independe das condições materiais substantivas. Autômato abstrato que não pode se sustentar sozinho, sem o aspecto substancial do econômico, pois haverá, por exemplo, em algum momento, a

²³ “[...] um fenômeno genérico foi considerado idêntico a outro, já familiar. [...] o erro consistiu em igualar a economia humana em geral com sua forma de mercado [...]. A falácia é evidente: o aspecto físico das necessidades do homem faz parte da condição humana; não pode existir sociedade que não possua algum tipo de economia substantiva. Por outro lado, o mecanismo de oferta-procura-preço (que chamamos de mercado, em linguagem popular) é uma instituição relativamente moderna e possui uma estrutura específica; não é fácil estabelecê-la nem mantê-la em funcionamento. Reduzir o âmbito do *econômico* especificamente aos fenômenos de mercado é eliminar a maior parte da história humana. Em contrapartida, ampliar o conceito de mercado para fazê-lo abarcar todos os fenômenos econômicos é atribuir a todas as questões econômicas as características peculiares que acompanham um fenômeno específico.” (POLANYI, 2012, p. 47-8)

necessidade de que uma riqueza material corresponda a determinada cifra operada no mercado financeiro.

A ação econômica foi vista, adverte Polanyi (2012, p.) como natural e, portanto, autoexplicativa, nos homens: o comércio fluiria, depois surgiria o mercado e o dinheiro, salvo se houvesse interferências de moralistas ou do governo. Com isso, levou-se ao eclipse do pensamento político, toda a historiografia foi dominada por uma perspectiva de solipsismo econômico. Todas as disciplinas sociais ficaram marcadas pelo economicismo.

Construir, portanto, uma análise do direito com base na falácia economicista representa estender o economicismo ao campo jurídico. Falta ao direito interdisciplinaridade, quanto a isso concordo com Posner, mas conferir interdisciplinaridade ao campo jurídico não deve significar aplicar a crença econômica às decisões judiciais e escolhas legislativas.

O autor francês Frédéric Lebaron contribui com a revelação de como se constitui essa crença econômica. Ao investigar a gênese social das teorias econômicas, Lebaron afirma que a economia é um campo de estudos onde há controvérsia generalizada e que essa indeterminação confere à economia um aspecto de ciência ambígua, mas dotada de grande força social. Porém, a corrente dominante que contribui para a disseminação de certa racionalidade econômica é o modelo neoclássico norte-americano.

Ao analisar esse modelo, Lebaron aponta críticas aos seus fundamentos. Quanto ao pressuposto de que os indivíduos são maximizadores de uma determinada função-objetivo (qualquer objetivo a ser atingido pelos indivíduos por meio de suas ações), Lebaron aponta que sua força vincula-se à força particular que a ficção da racionalidade instrumental adquiriu nos Estados Unidos. Trata-se, assim, de uma crença de que o cálculo é o horizonte de ação sobre o mundo; crença esta que encontra sua validação não em uma prova empírica, mas na afinidade entre as disposições e experiências sociais de certos agentes e sua visão econômica do mundo.²⁴

Cabe ressaltar, com apoio em Lebaron²⁵, que explicar os fenômenos econômicos a partir do comportamento dos indivíduos implica em uma excessiva generalização apoiada no

²⁴ «Pour les agents engagés dans le monde de l'entreprise, mais aussi, pour une part, dans l'action publique sur l'économie, l'existence de buts économiques quantifiables constitués comme enjeux des pratiques ne fait aucun doute. La théorie n'est, en un sens, que la reformulation explicite et formalisée de cette croyance économique très ordinaire qui anime certains agents sociaux. [...] Le principe de maximization fonctionne comme l'expression formalisée de la croyance des hommes d'action et des décideurs (financiers, ingénieurs, etc.) selon laquelle le calcul est l'horizon de l'action sur le monde. Là encore, la force de cette croyance, loin de se réduire à la force de la 'preuve' résultant d'une controverse scientifique, trouve son fondement le plus solide dans la relation d'affinité entre les dispositions et l'expérience sociales de certains agents et une vision du monde économique qui leur donne une sorte de 'confirmation' ou de 'validation' sociale. » (LEBARON, 2011, p. 134-135)

²⁵ «Le seul espace argumentatif où peuvent se déployer les énoncés est un univers d'énoncés mathématiques construits autour d'hypothèses très souples, même si elles tendent à imposer une vision anthropologique et économique conforme à la définition dominante de l'action individuelle et du fonctionnement de l'ordre social, largement issue des États-Unis. » (LEBARON, 2000, p. 130)

uso de ferramentas matemáticas e pouco, ou quase nada, apoiada em comprovações empíricas.

A lei de oferta e procura sobre a qual se assentam os mercados foi estabelecida indutivamente e não houve experiências ou comparações metódicas que comprovassem se, de fato, as relações econômicas obedecem a tal lei²⁶. A ideia de que a observância da lei de demanda conduziria ao equilíbrio do mercado pode ser entendida, então, como uma categoria ordenadora que faz dos preços e quantidades o núcleo da realidade econômica (cf. LEBARON, 2000, p. 136-7). Constrói-se, com isso, uma suposta realidade, esse espaço – o mercado – em que se articulam preço e quantidade que é uma principais formalizações forjadas pela “crença econômica”.

A partir dos pressupostos neoclássicos construíram-se gráficos e funções matemáticas que reproduziram essas ideias e tornaram a economia cada vez mais abstrata e afastada da realidade. Porém esses pressupostos “inquestionáveis” – como a teoria do equilíbrio geral dos mercados e a ideia de concorrência perfeita – não podem ser atingidos no mundo real em que ocorrem mercados com oligopólios e monopólios que influenciam sobremaneira a concorrência e o funcionamento do mercado. Para Bresser-Pereira a microeconomia perdeu o contato com a realidade:

[...] a microeconomia neoclássica, examinada sob outros pontos de vista, irá significar um retrocesso. Em primeiro lugar, a análise econômica chega a um tal ponto de abstração e sofisticação matemática, que perde contato com a realidade e deixa de efetivamente descrevê-la. Ao invés de analisar e explicar o funcionamento dos sistemas econômicos realmente existentes, a teoria econômica transformou-se em algo semelhante a um método ou uma construção lógica. Não importa verificar se a concorrência perfeita existe, não vale a pena discutir se empresa, trabalhadores e consumidores efetivamente se comportam desta ou daquela maneira. O importante é construir um esquema conceitual lógico, que escapa ao campo das ciências substantivas, da análise do que é, para entrar no campo de um dever ser racionalizado. (BRESSER-PEREIRA, 1976, p. 5)

Diante dessa teoria utópica²⁷, a crise econômica de 2008 serviu a demonstrar para muitos economistas as falhas nos fundamentos de suas teses econômicas. E Richard Posner foi um dos teóricos que reviu consideravelmente suas posições.

²⁶ Lebaron (2000, p. 135, nota 34) faz essa crítica citando Émile Durkheim.

²⁷ O jornalista John Cassidy chama a essa economia excessivamente abstrata e matematizada de “economia utópica”. Segundo ele, Robert Lucas (Nobel em 1995) foi o responsável por estender a abordagem do mercado eficiente (microeconomia) para toda a economia e em especial para a área de política econômica (macroeconomia), ramo da economia que, após a crise de 1929, era fundamentalmente keynesiano. Recorrendo a uma matemática sagaz e a um apelo para a ultrarracionalidade, os lucasianos pretendiam mostrar que as tentativas do governo para administrar a economia eram desnecessárias, contraproducentes ou as duas coisas. [...] nos modelos originais de Lucas, não há lugar [...] para bolhas no mercado de ações, crises de crédito ou perda de liquidez. Na realidade, mercados financeiros reconhecíveis não existem. As ilusões de harmonia, estabilidade e previsibilidade são mantidas, e a máquina de processamento de informações de Hayek faz o serviço de modo perfeito: o tempo todo, os preços refletem fundamentos econômicos e enviam os sinais corretos para os estrategistas econômicos. (CASSIDY, 2011, p.102, 110-111)

4 Efeitos da crise financeira nos posicionamentos de Richard Posner

Antes da crise, Posner defendia que, pragmaticamente e empiricamente, o liberalismo e os Estados com livre mercado eram mais eficientes e prósperos²⁸. Utilizando-se sempre do “argumento do realismo”²⁹ ou da experiência, o jurista americano afirmava que a prática demonstrava este êxito.

Esse livre mercado vinha atuando satisfatoriamente, aos olhos do jurista norte-americano, de maneira eficiente, até meados de 2008. Mas, com a tempestade gerada pela crise econômica que se iniciou em 2008, Richard Posner mudou sua compreensão da economia, dos economistas e das possibilidades de um mercado eficiente. A realidade lhe demonstrou que as economias capitalistas não são tão estáveis quanto imaginava e também que nem sempre a alocação de recursos é feita *livremente* da maneira mais eficiente, por meio da “mão invisível do mercado”.

Após a crise de 2008, Posner escreveu dois livros tratando do tema. O primeiro deles, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, de 2009, centra-se na discussão sobre quais foram as causas da crise econômica, busca compreender porque a depressão não foi antecipada pelos economistas e, nesse sentido, se lança em um debate sobre a profissão de economista; analisa, ainda, o papel que o governo americano exerceu na crise (os pacotes de medidas adotados no governo de George W. Bush).

Posner trata a crise como uma “depressão” que resultou da confluência de dois perigosos fatores: baixas taxas de juros no início dos anos 2000 e o movimento de desregulamentação, que começou em 1970 (cf. POSNER, 2009b, p. 315).

As baixas taxas de juros teriam contribuído para que as pessoas transformassem suas poupanças em casas e ações, investimentos que, com a subida dos preços, pareciam cada vez mais atraentes. Já a desregulamentação tinha como objetivo inicial a indústria em geral e

²⁸ “O liberalismo também tem uma relação *prática* íntima com a ciência econômica. Para o liberalismo clássico, o mercado competitivo é um cenário marcado pelo comportamento autorreferenciado e que, portanto, está para além das fronteiras da intervenção estatal. [...] Ao criar um vasto campo de atividades privadas invioláveis e facilitar o funcionamento do livre mercado, o liberalismo cria as condições necessárias, segundo nos ensina a experiência, para a liberdade pessoal e a prosperidade econômica. [...] os Estados modernos mais fortes, nacional e internacionalmente, sempre foram os liberais: a Grã-Bretanha no século XIX e os Estados Unidos no século XX. [...] A justificação do liberalismo é pragmática.” (POSNER, 2009a, p. 25-26).

²⁹ A realidade apresenta o que é necessário, o que é possível. Esse é o discurso do realismo. O argumento do realismo afirma a determinação econômica da política: não há alternativa, somente essa que responde à realidade possível, prática. Ao apelar para o realismo de sua proposta, entretanto, Posner a lança como a única possibilidade plausível dentro das circunstâncias objetivas da realidade. Trata-se da reprodução do discurso do “único possível” da economia e a via única da democracia liberal. Para o filósofo Jacques Rancière, o realismo é a lógica policial do único possível: “O realismo pretende ser a sábia atitude do espírito que se restringe às realidades observáveis. Ele é na verdade coisa totalmente diferente: é a lógica policial da ordem que afirma, em qualquer circunstância, fazer apenas o que é possível fazer. O sistema consensual absorveu a necessidade histórica e objetiva de antigamente, reduzida à porção cônica do ‘único possível’ que a circunstância autoriza. O possível é assim o operador conceitual de troca entre a ‘realidade’ e a ‘necessidade’. E é também o último modo de ‘verdade’ que a meta-política acabada pode oferecer à lógica da ordem policial, a verdade da impossibilidade do impossível. O realismo é a absorção de toda realidade e de toda verdade na categoria do único possível” (RANCIÈRE, 1996, p. 131).

acabou por desregular também a atividade dos bancos porque, segundo Posner, era uma atividade altamente regulada.

A desregulamentação financeira acabou por fazer com que os bancos assumissem riscos excessivos e o grande entrelaçamento da indústria financeira fez com que, quando um banco faliu, todo o sistema financeiro também veio abaixo.

Mas e por que os economistas não previram a crise? Aqui Posner (2009b, p. 328) faz considerações de grande interesse para a AED: afirma que a cegueira profissional tem um caráter ideológico, porque os economistas teriam se focado excessivamente em teorias microeconômicas e esqueceram as análises macroeconômicas. Keynes, por exemplo, teria dado grandes contribuições para essa análise macroeconômica, mas foi um autor esquecido pelos economistas.

Em seu segundo livro sobre a depressão, lançado em 2010, com o título *The crisis of capitalist democracy*, Posner volta a tratar da necessidade de se retomar a leitura e as lições de Keynes na economia.

O jurista se pergunta quais lições se pode aprender com a crise e talvez a lição que ele tenha melhor aprendido é da importância da obra de John Maynard Keynes³⁰. Assim, com apoio em Keynes, nesse livro Posner vai defender que o sistema bancário privado é instável e pode falhar, derrubando com ele grande parte da economia. Por isso é que um sistema capitalista não pode consistir apenas de mercados livres e o banco central tem um papel fundamental a desempenhar na regulação do sistema financeiro. Pois foi “A combination of unsound monetary policy and regulatory inattention brought on the banking collapse of September 2008” (POSNER, 2010b, p. 2). Reconhece Posner que a instabilidade é inerente às economias capitalistas, em que o crescimento real oscila de ano a ano, muitas vezes mergulhando em território negativo de forma irregular, imprevisível. “This oscillation is the ‘business cycle’, though the word ‘cycle’ is misleading because it suggests a smooth wavelike motion, like a pendulum; the real motion is anything but.” (POSNER, 2010b, p. 3). Posner ressalta, ainda, que foi um erro dos economistas esquecerem Keynes³¹.

Por fim, ao que parece, a crise financeira fez o jurista norte-americano, representante da escola da AED, acordar para outras possibilidades interpretativas: a economia é mais do que microeconomia. Seu “excesso de realismo” não lhe possibilitou visualizar que a teoria na

³⁰ Posner afirma: “Keynes was the greatest economist of the twentieth century” (POSNER, 2010b, p. 274).

³¹ “I extend the criticisms I made of present-day economists in the first book, emphasizing now not just their failure to anticipate the crisis, which was my emphasis in that book, but also failures of understanding that can be summarized as forgetfulness of Keynes. (POSNER, 2010b, p. 8).

qual se apoiava era, na verdade, excessivamente abstrata e não lhe permitia ver para além dos limites das pequenas relações econômicas. Agora, finalmente, ele parece abrir os olhos para a necessidade de se pensar além dos limites de uma pequena relação econômica de custo-benefício.

Como bem afirma Kraus, a redução do risco sistêmico é o alvo normativo dos dois livros de Posner. E reduzir o risco sistêmico implica, justamente, compreender as suas fontes. Essa abordagem, vinda de Posner, representa uma grande mudança: “This is a seismic shift indeed, because the intellectual tools that Posner and the law and economics movement have contributed are all microeconomic” (KRAUS, p. 148-149).

Mas o que essa mudança de posição de Posner, que agora se declara keynesiano³², deve significar para a AED? Valorizar uma abordagem macroeconômica e, mais do que isso, adotar uma perspectiva keynesiana implica romper com a maioria – se não com todos – os pressupostos da economia neoclássica anteriormente adotados por Posner. Não cabe mais, por exemplo, adotar um modelo simplista de escolha racional para explicar fenômenos e relações econômicas. Vejamos o que o próprio Posner diz sobre os limites da escolha racional com base em Keynes:

The dominant conception of economics today, and one that has guided my own academic work in the economics of law, is that economics is the study of rational choice. People are assumed to make rational decisions across the entire range of human choice, including but not limited to market transactions, by employing a form (usually truncated and informal) of cost-benefit analysis. The older view was that economics is the study of the economy, employing whatever assumptions seem realistic and whatever analytical methods come to hand. Keynes wanted to be realistic about decision-making rather than explore how far an economist could get by assuming that people really do base decisions on some approximation to cost-benefit analysis. (POSNER, 2009d)

Como ressalta o próprio Posner, Keynes queria ser mais realista sobre as tomadas de decisões, realismo que não se reflete somente na ideia de análise de custos e benefícios.

Posner já escolheu seu caminho, ele é, agora, um keynesiano. Resta-nos esperar para ver se o autor vai ser coerente com essa nova escolha e revisar toda a sua proposta da AED, adotando, para tal, pressupostos keynesianos e macroeconômicos.

Esse momento deve ser, portanto, de novas reflexões no âmbito da AED. Não basta somente reconhecer os limites e o irrealismo da economia neoclássica. É preciso romper com esses pressupostos e buscar outros mecanismos, teorias, testes empíricos e modelos para uma abordagem mais realista da economia e que, finalmente, possa colaborar para o desenvolvimento mais realista da Análise Econômica do Direito.

³² Em setembro de 2009, Posner publicou um texto intitulado “How I Became a Keynesian” no jornal The New Republic.

5 Considerações finais

A proposta de AED levada a cabo por Richard Posner congrega os pressupostos da economia neoclássica, quais sejam, a ideia de equilíbrio do mercado e sua eficiência, de racionalidade individual e de escassez dos recursos.

Partindo de tais pressupostos Posner sugere a construção de uma nova teoria jurídica, em que tais fundamentos serviriam de base para os juristas analisarem a realidade e construiriam modelos de comportamento que corresponderiam às respostas das pessoas a determinadas normas. Posner considera que essa nova teoria jurídica seria, finalmente, uma teoria realista, porém, ao esquadrihar esses pressupostos econômicos verifiquei que são generalizações irrealistas.

Como sugere Polanyi, a adoção da ideia de maximização/escassez é um erro lógico, que reduz a economia a um dos aspectos do econômico, o aspecto formal. Essa redução, continuada pelos neoclássicos, visualiza a ação econômica como natural e autoexplicativa, acabou por gerar um solipsismo econômico. A proposta teórica de Posner implica a extensão desse economicismo para o Direito: visualiza todas as relações jurídicas somente com os olhos da economia neoclássica, cego para todas as outras possibilidades interpretativas das relações sociais e motivações humanas.

Assim, Posner projeta o que Lebaron nomeia de “crença econômica” para o Direito. Essa crença é tipicamente americana, como enfatiza Lebaron. Posner concordaria com o autor francês, pois ele mesmo afirma que povo americano é dotado de uma visão calculadora quanto às consequências de escolhas e ações (vide nota 18).

Posner ressalta a importância de se trabalhar, nas Faculdades de Direito, com experimentação e coleta de dados para tornar o direito mais atento à realidade, porém, ele não percebeu o irrealismo da teoria em que assentava sua proposta. Somente com a crise econômica é que Posner começou a perceber o excesso de abstração da microeconomia neoclássica. A depressão que os Estados Unidos enfrentam desde 2008 foi como uma tempestade que, de certa maneira, varreu algumas *verdades* de Posner e seus colegas da AED, verdades como a crença no mercado autorregulado e na proeminência de análises microeconômicas de custo-benefício.

Após a crise, Posner lançou dois livros analisados no artigo, em que discutiu as causas da crise, reconheceu a cegueira ideológica dos economistas, porque dedicados excessivamente às análises microeconômicas, reconheceu o legado teórico erroneamente

esquecido de John Keynes, ressaltou a importância de se regulamentar a economia (em especial o setor financeiro) e o papel do banco central nessa regulamentação. Porém, nesses livros Posner trata bastante de economia e muito pouco de direito. Ocorre que essa mudança de posição teórica (de adepto do livre mercado para keynesiano) deveria implicar em uma revisão completa de sua proposta de uma AED. Não basta reconhecer que os economistas estavam afetados por uma cegueira ideológica microeconômica, o próprio Posner estava. Adotar a teoria de Keynes para explicar o funcionamento da economia e do mercado implica em abandonar muitos, se não todos, os pressupostos da microeconomia neoclássica, como o modelo de escolha racional.

Tendo a crise demonstrado a Posner que esse modelo é insuficiente para explicar os fenômenos econômicos, como continuar sustentando-o para explicar o direito?

Em um ensaio publicado em 2009 (“The Role of the Law Schools in the Recovery from the Current Depression”), Posner reconhece que os juristas tiveram inúmeras dificuldades diante da crise financeira e muito pouco contribuíram para explicá-la. Segundo ele, porque não são orientados para questões macroeconômicas: há inúmeras questões de direito e política que juristas, juízes e advogados não conseguem responder adequadamente sem considerar o impacto sobre questões macroeconômicas. Este é um primeiro reconhecimento de que a AED precisa mudar, mas ainda está ausente uma grande revisão teórica que proponha novos pressupostos econômicos mais realistas e, finalmente, pesquisas empíricas e análises de dados.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, Emilio Congregado Ramírez de; HERNÁNDEZ, Ignacio J. Pomares; MATÍAS, Elena Rama. Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. *Derecho y conocimiento*, Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información, Universidade de Huelva, Huelva, Espanha, v. 1, p. 331-339, 2001. Disponível em: <<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B04.pdf>> . Acesso em: 1º fev. 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da macroeconomia clássica à keynesiana*. Apostila, São Paulo, 1976. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1968/68-98DaMacroclassicaAKeynesiana.apostila.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2014.

CARTA CAPITAL: *Estado: a mão visível que segura a crise*. Revista Carta Capital - Edição 531 de 04/02/2009.

CASSIDY, John. *Como os mercados quebram: a lógica das catástrofes econômicas*. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2011.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. “Néolibéralisme et subjectivation capitaliste”. In: *Cités*, 41, 2010, 35-50.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. *O Devir das Ciências: Isenção ou Inserção de Valores Humanos?*- Por uma Ciência Econômica ética, social e ecologicamente comprometida. 2004. 254 p. Tese de Doutorado: Programa Interdisciplinar em Ciências Humanas: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GILMORE, Brian. Judge Posner’s A Failure of Capitalism: The Crisis of ’08 and the Descent into Depression: A Review. *Journal of Affordable Housing & Community Development Law*, v. 19, n. 1, p. 103-121, outono 2009. Disponível em:

<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/forums/affordable/mo/premium-ah/fall109/gilmore19_1.authcheckdam.pdf>. Acesso em 24 jun. 2012.

HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. “The Philosophical Foundations of Mainstream Normative Economics”. In: HAUSMAN, Daniel M. (ed.). *The Philosophy of Economics. An Anthology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 226-250.

KRAUS, Wladimir. The financial crisis: a crisis, too, for law and economics?. *Critical Review Foundation*, Helotes, Texas, v. 23, n. 1-2, p. 147–168, 2011.

LAW AND ECONOMICS 2.0 INITIATIVE. *Law School Office of Communications*, Chicago, 11 out. 2011. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/lawecon/2point0>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

LEBARON, Frédéric, *La croyance économique. Les économistes entre science et politique*. Paris : Seuil, 2000, 123-150.

MACKAAY, Ejan. HISTORY OF LAW AND ECONOMICS. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65-117. Disponível em: < <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2014.

POLANYI, Karl. “A falácia economicista” e “Os dois significados de econômico”. In: _____. *A subsistência do homem e ensaios correlatos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, 47-81.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007a.

_____. *Problemas de filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Para além do Direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

_____. *A failure of capitalism: the crisis of ’08 and the descent into depression*. USA: Harvard University Press, 2009b.

_____. The Role of the Law Schools in the Recovery from the Current Depression [On-line]. *The Atlantic*. Washington, DC, Business. 11 jul. 2009c. Disponível: <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2009/07/the-role-of-the-law-schools-in-the-recovery-from-the-current-depression/21116/>>. Acesso em 10 jan. 2014.

_____. How I Became a Keynesian [On-line]. *The New Republic*. Economy. 23 set. 2009d. Disponível: < <http://www.newrepublic.com/article/how-i-became-keynesian>>. Acesso em 10 jan. 2014.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2010b.

_____. The Nirvana Fallacy Revisited-Posner [On-line]. Chicago: Richard Posner e Gary Becker, 18 set. 2011. Disponível: <<http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/the-nirvana-fallacy-revisitedposner.html>>. Acesso em: 1 ago. 2012.

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento – política e filosofia*. Tradução: Ângela Leite Lopes. São Paulo: Ed. 34, 1996.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.