

Eric Hadmann Jasper

O DESENCANTO DA ECONOMIA

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Doutor Nelson Gomes

Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília

Eric Hadmann Jasper
Matrícula: 0954314

O DESENCANTO DA ECONOMIA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de grau de mestre em filosofia, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Gomes.

Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília
Brasília, fevereiro de 2010

Banca Examinadora

Professor Doutor Nelson Gomes

Professor Doutor Cláudio Reis

Professora Doutora Maria Clara M. Dias

What's a cynic? A man who knows the price of everything and the value of nothing
(O que é um cínico? Um homem que sabe o preço de tudo e o valor de nada.)
Oscar Wilde, *Lady Windermere's Fan*, Ato III

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é analisar e expandir o entendimento do conceito de *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito) – teoria que une o método e critério matemático da ciência econômica à abrangência sobre a vida humana da ciência jurídica. A Análise Econômica do Direito surge nos Estados Unidos da América em meados da década de 50 para tratar de regras jurídicas e políticas públicas que lidem com questões complexas como aborto, casamento, divórcio, segurança pública e outros. Desde então, a Análise Econômica do Direito ganhou espaço e se estabeleceu na Academia norte-americana e começa a receber atenção no Brasil. A pergunta que a presente dissertação se propõe a responder é: seria a Análise Econômica do Direito um novo método de predição e prescrição de políticas públicas que afetam a sociedade e seu bem-estar? A hipótese que se investiga é que a Análise Econômica do Direito não seria algo novo, outras ciências sociais já testemunharam imperialismo econômico e projetos naturalistas. Os fundamentos da Análise Econômica do Direito se encontram no consequencialismo e na visão instrumentalista de racionalidade. Os adeptos da Análise Econômica do Direito já são usuários competentes do conceito e das ferramentas, o papel da filosofia é tentar desenvolver o conceito para além do simples uso competente.

Palavras-chave: Economia, Análise Econômica do Direito, Consequencialismo, Instrumentalismo, Imperialismo Econômico.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine and expand the understanding of the concept of Law and Economics - unites the mathematical method and criterion of economics and the scope on human life of the law. Law and Economics became known in the United States in the mid 50's as a guiding method to deal with legal rules and public policies that are related to complex issues such as abortion, marriage, divorce, public safety and others. Since then, Law and Economics became prominent in the American Academy and starts to gain momentum in Brazil. The question that this paper tries to answer: is Law and Economics a new method of prediction and prescription of policies that affect society and their well-being? The hypothesis presented in this paper is that Law and Economics is not new, other social sciences have witnessed economic imperialism and naturalistic projects. Law and Economics has roots in consequentialism and instrumentalistic views of rationality. Followers of Law and Economics are already competent users of the concept and its tools; the role of philosophy is to try to develop the concept beyond the mere competent use.

Key-words: Economics, Law and Economics, Consequentialism, Instrumentalism, Economic Imperialism.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Breve nota sobre o imperialismo da economia	14
2. A análise econômica do direito	20
2.1. As origens	21
2.2. Definição e objetivos	23
3. Fundamentos da análise econômica do direito	27
3.1. Fundamentos econômicos	27
3.2. Fundamentos filosóficos	31
3.2.1. O projeto naturalista	31
3.2.2. O consequencialismo e a AED	35
4. Os limites da análise econômica (do direito)	40
4.1. Críticas indiretas à AED	41
4.1.1. A falácia naturalista e a distinção “ser” e “dever-ser”	42
4.1.2. O conceito de bem-estar	47
4.1.3. A teoria do valor e o problema do vazio	50
4.1.4. Problemas de mensuração	51
4.1.4.1. A escala individual	52
4.1.4.2. A escala social	54
4.1.5. John Rawls, liberdade, individualismo e utilitarismo	55
4.1.6. Derek Parfit e o consequencialismo como teoria “autodestrutiva”	57
4.2. Críticas diretas à AED	58
4.2.1. Ronald Dworkin: seria a riqueza um valor?	61
4.2.2. Arthur Less e Dom Quixote	63
4.2.3. Reduccionismo e o aspirador de pó	65
4.2.4. Homo economicus v. homo sapiens	68
Conclusão	71
Referências	74

INTRODUÇÃO

As idéias de economistas e filósofos políticos, ambos quando estão certos e errados, são mais poderosas do que é comumente compreendido. O mundo é governado por pouco mais. Homens práticos, que acreditam ser imunes a influências intelectuais, são normalmente escravos de algum economista morto. Homens loucos com poder e que ouvem vozes no ar, estão destilando sua loucura a partir de algum pequeno escritor de alguns anos atrás.¹

(KEYNES, 1965, p. 383). (Tradução livre do autor na nota de rodapé)

Em 1729, Jonathan Swift fez uma proposta para resolver o problema da pobreza e da fome na Irlanda. Sua idéia, detalhadamente descrita com passos matemáticos, pode ser sintetizada da seguinte forma: das 120 mil crianças que passavam fome na Irlanda, 20 mil seriam separadas para criação direta e venda pelos pais e as 100 mil restantes seriam vendidas para famílias ricas que, assim, poderiam criá-las e revendê-las a melhores preços. De acordo com Swift, “um amigo norte-americano” haveria garantido que uma criança de até um ano de idade, se bem alimentada, seria um excelente prato assado, cozido, ensopado ou fervido. A “iguaria” deveria ser destinada, em primeiro lugar, aos senhorios, ou donos de propriedade, uma vez que já haveriam devorado a maior parte dos pais e teriam direito a primeira parte das crianças (SWIFT, 1729).

O forte texto de Swift foi uma ácida crítica à sociedade Irlandesa da época, principalmente aos altos impostos, à ausência de valores como prudência, honestidade e amor, à divisão da sociedade em facções religiosas, entre outros. A frieza do cálculo efetuado por Swift para demonstrar a ausência de valores da sociedade Irlandesa também demonstra a preocupação do autor com temas que, até hoje, ocupam a mente de agentes públicos do mundo todo.

Pensemos em uma situação hipotética, menos radical, mas de complexidade comparável. Um professor inicia sua aula com a pergunta: por que não podemos ter um fórum

1 “[...] [T]he ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed, the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist. Madmen in authority who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler of a few years back.”

de trocas de bebês humanos (inclusive por meio de compensação financeira)? Os alunos, boa parte indignados ou apreensivos, respondem que a vida humana não tem preço. Diante da resposta, o professor informa aos alunos que estudos empíricos demonstram que: (i) há mulheres grávidas que não desejam seguir com a gravidez e não querem realizar um aborto; (ii) há casais que não podem ter filhos, mas gostariam de tê-los (e preferem bebês a crianças “mais velhas”); e (iii) há regras jurídicas que acarretam demora em adoção. Esse cenário resulta em (i) casais que não podem ter filhos e não adotam crianças e (ii) mulheres que optam pelo aborto, criam os filhos em condições econômicas desfavoráveis ou os colocam para adoção (e essas crianças ficam anos em orfanatos). Diante dessas questões, o professor pergunta: é possível manter a posição segundo a qual, porque a vida humana não tem preço, os bebês, as mães e os casais devem todos estar em posição pior do que estariam se houvesse o fórum de trocas?

A hipótese, apesar de controversa, não está distante da realidade. O site “Adoção Brasil” traz o seguinte trecho de reportagem de jornal:

A psicóloga Lídia Weber, em sua tese de doutorado na Universidade Federal do Paraná, aponta as razões da demora. Uma delas é, sim, a exigência do adotante. Ouvindo 400 famílias em 17 estados, ela verificou que 85% assumiram bebês de até 2 anos. [...] Outro fator dramático envolve a destituição do poder familiar. Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, a criança só pode ser destinada à adoção após a sentença que tira dos parentes o direito sobre ela. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) feito em 2004 em 580 abrigos do país revelou que 88% das 19373 crianças não estavam aptas a adoção porque continuavam legalmente ligadas aos pais. [...] No mar de entraves com que essas iniciativas navegam, as soluções levam tempo. Assim, a criança 'envelhece', passa da idade procurada pelos adotantes, diz Lídia.²

Já utilizamos a literatura, uma situação hipotética e agora vejamos um exemplo real. A Suprema Corte do estado norte-americano de Nova Jersey analisou processo denominado “*In the matter of BABY M*”³ no qual um casal, impossibilitado de ter filhos, contratou, por meio de um intermediário, uma mulher para gerar uma criança inseminada artificialmente, algo popularmente conhecido no Brasil como “barriga de aluguel”. Quando a “mãe de aluguel”

2 PAULINA, Iracy; DINIZ, Juliana. Porque a adoção demora tanto no Brasil? Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/news004.asp>>. Acesso em: 17.09.2008.

3 USA. In the Matter of BABY M, Suprema Corte de Nova Jersey, 1988 (537 A.2d. 1227).

recusou-se a “entregar” o bebê, o Estado foi obrigado a intervir e o juiz Wilentz, no decorrer de seu voto que declarou ilegal o contrato, fez a seguinte análise:

Existem, em uma sociedade civilizada, algumas coisas que o dinheiro não pode comprar. Na América, nós decidimos há muito tempo que somente porque uma conduta, adquirida por dinheiro, era voluntária não significava que era boa ou fora do alcance de regulação e proibição.

[...]

Existem, em resumo, valores que a sociedade considera mais importantes do que permitir ao dinheiro tudo aquilo que ele possa comprar, seja trabalho, amor, ou vida. Se esse princípio recomenda a proibição da ‘barriga de aluguel’, que por vezes resulta em grande satisfação para todas as partes, não é para nós dizermos. Destacamos aqui apenas que de acordo com as leis existentes o fato de a Sra. Whitehead ter ‘concordado’ com o contrato não é determinante [...]4 (Suprema Corte de Nova Jersey, 1988).

Um dos detalhes mais interessantes desse dramático exemplo foi que, apesar de invalidar o contrato, a Corte Norte-Americana deu grande destaque ao fato de que havia um intermediário no contrato, um agente que recebeu parte do lucro para colocar em contato a família e a “mãe de aluguel”. O grande destaque dado pelo Judiciário ao intermediário levou “mães de aluguel” a passarem a serem suas próprias agentes, dispensando esse terceiro que tinha a função de facilitar o negócio. O resultado que o Juiz Wilentz esperava alcançar com a redação inspirada provavelmente não era persistência de um “mercado de bebês”.

Fome, crianças abandonadas e mães de aluguel. Problemas complexos que merecem a máxima atenção da sociedade, mas como lidar com tais problemas? Haveria uma ciência capacitada para resolver essas questões?

Como será visto do decorrer do presente trabalho, um ramo específico da ciência econômica, em união com a ciência jurídica, pretende responder a tais questionamentos. O *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED) surgiu⁵, nos Estados Unidos da América em meados da década de 50, para examinar regras jurídicas e políticas públicas que lidem exatamente com questões como as apresentadas. Desde então, a AED ganhou espaço e se estabeleceu na Academia norte-americana. Há revistas especializadas, disciplinas

⁴ *In the Matter of BABY M*, Suprema Corte de Nova Jersey, 1988 (537 A.2d. 1227).

⁵ Como será observado em capítulo posterior, a AED tem origem em momento anterior à década de 50 nos Estados Unidos da América, entretanto, esse foi o momento em que a AED começou a ganhar notoriedade.

obrigatórias e associações especificamente criadas para tratar do tema (como a *American Association of Law and Economics*).

De acordo com Kronman (1995, p. 166), em alguns ramos do direito nos Estados Unidos da América, a AED é dominante (como direito societário e comercial), em outros é a principal corrente de pensamento (como responsabilidade civil, contratos e direito das coisas) e seus expoentes foram até mesmo nomeados Juizes Federais (é o caso dos professores Richard Posner, Frank Easterbrook, Ralph Winter and Robert Bork) (FISS, 1986, p.1). Entretanto, a AED não se restringe àquelas regras jurídicas com ligação óbvia com a ciência econômica, pois tem a pretensão de ser aplicável a todas as áreas do direito e de políticas públicas, inclusive o direito penal, civil e de família (MACKAAY, 2008, p. 66).

No Brasil, a AED começa a ganhar espaço nas Universidades. Recentemente, foi realizado um encontro na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul da recém-criada Associação Brasileira de Direito e Economia⁶. A Universidade de São Paulo, por sua vez, tem cadeiras no seu programa de doutorado em direito destinadas a temas relacionados, como direito e economia e direito e desenvolvimento.

Sinteticamente, a AED pode ser definida como uma escola de pensamento metajurídico que utiliza princípios da teoria econômica para examinar, avaliar e guiar a formação, estrutura, processo e impacto do direito, das instituições legais e das políticas públicas na sociedade (MACKAAY, 2008, p. 65). Neste sentido, a AED toma emprestadas as ferramentas e, principalmente, os pressupostos econômicos para avaliar e prever os efeitos que mudanças legais e em políticas públicas podem ter no bem-estar da população.

Para muitos daqueles que utilizam o método, a AED é uma nova ferramenta e o avanço mais importante da ciência jurídica desde o código de Hammurabi. (GEORGAKOPOULOS, 2005, pp. 3-4). Com o advento da AED, o Direito se torna um campo de estudo formal, científico e quantificável, sendo certo que a importância da AED advém do fato de que esta oferece um método para responder perguntas que por muito tempo foram analisadas de forma não-científica, como “seria a democracia o melhor sistema de governo?” ou “a pena de morte realmente previne crimes?” (GEORGAKOPOULOS, 2005, pp. 3-4).

Diante desse breve quadro, qual seria o trabalho da filosofia? Por que não deixar o exame da AED ao Direito ou à própria economia? A filosofia tem, entre outros, o objetivo de

6 Disponível em: < <http://www.direitoeconomia.com/eventos.asp> >. Acesso em: 14 nov. 2008.

analisar definições, conceitos, objetos, instituições, ciências, estados mentais e etc. de forma especial. O professor da Universidade de Columbia, Joseph Raz, afirmou:

É essencial lembrar, entretanto, que ter uma definição de algo pode ser muito menos do que ter conhecimento aprofundado da natureza da coisa da qual se tem uma definição. Pessoas podem ter uma definição se elas podem usá-la corretamente em circunstâncias normais. Ter uma definição nesse sentido é compatível com um raso e defeituoso entendimento de seus atributos essenciais, e da natureza daquilo de que se tem uma definição. Portanto, enquanto algumas explicações comuns de um conceito podem ter o objetivo de fazer pessoas usuários competentes desse conceito, uma explicação filosófica tem objetivos diferentes. A filosofia parte do pressuposto que pessoas são usuários competentes de um conceito e tem por objetivo melhorar o entendimento das pessoas sobre esse conceito, por um aspecto ou outro. (RAZ, 1998)

A contribuição da filosofia ao debate sobre a AED é, justamente, partir da premissa que os advogados e economistas que utilizam o método da AED são usuários competentes não apenas de suas ferramentas, mas de uma idéia básica da natureza da AED e de seus fundamentos. E, nesse sentido, a pergunta que a presente dissertação se propõe a responder é: seria a AED um novo método de predição e prescrição de políticas públicas que afetam a sociedade e seu bem-estar?

A hipótese que se apresenta é que talvez para a ciência jurídica a AED seja algo novo e sedutor que apresenta soluções ao mesmo tempo baseadas em complexos instrumentos empíricos e de grande simplicidade e abrangência. Contudo, outras ciências já testemunharam a entrada da economia em suas respectivas áreas de atuação ou, de forma mais genérica, já presenciaram a tentativa de um projeto naturalista. Ademais, os fundamentos filosóficos da AED, enraizados fortemente no consequencialismo e em uma visão instrumentalista de racionalidade, já foram objeto de exame da filosofia. Neste sentido, para contribuir para além do uso competente do conceito e das ferramentas da AED, a filosofia se encarregaria de esclarecer os limites da ciência econômica e de seus pressupostos e também demonstrar, aos praticantes da AED no meio jurídico, que é necessário enfrentar questões que já foram levantadas em outras ocasiões.

Os passos que essa dissertação percorrerá para alcançar a conclusão são: (i) capítulo 1, essa introdução, (ii) Capítulo 2, onde se discutirá o conceito de imperialismo econômico, (iii)

Capítulo 3, no qual serão analisadas as origens da AED, bem como sua definição e objetivos, (iv) Capítulo 4, onde serão analisados os fundamentos econômicos e filosóficos da AED, (v) Capítulo 5, onde serão expostos os limites da análise econômica. Por fim, o capítulo 6 tratará das conclusões do presente estudo.

1. BREVE NOTA SOBRE O IMPERIALISMO DA ECONOMIA

[...] Ganância, por falta de melhor palavra, é bom, ganância é correto, ganância funciona, ganância esclarece, constrói e captura a essência do espírito evolucionário. Ganância, em todas as suas formas, ganância pela vida, por dinheiro, amor, conhecimento, tem marcado a evolução da humanidade e a ganância, marquem minhas palavras, não vai apenas salvar Tendar Paper, mas também aquela outra empresa defeituosa chamada Estados Unidos da América.

(Gordon Gekko, Wall St., filme de 1987 do diretor Oliver Stone)

A AED pode ser considerada como o resultado de dois vetores apontados um na direção do outro. A primeira direção a ser analisada é a do vetor direcionado da economia para o direito. A propulsão da economia na direção de outras ciências, inclusive o direito, foi apelidada de “imperialismo econômico”.

O economista Edward Lazear publicou, em 2000, um artigo de título sugestivo na revista do MIT (*Massachusetts Institute of Technology*): “Imperialismo Econômico”. No artigo, o economista discorre sobre a importância da economia, bem como sobre a origem do destaque dessa ciência nos dias atuais:

Por quase qualquer teste de mercado, a economia é a primeira ciência social. Ela atrai o maior número de estudantes, goza de maior atenção dos agentes-públicos e jornalistas, e é notada, positiva ou negativamente, por outros cientistas. Em grande parte, o sucesso da economia deriva de seu rigor e relevância, bem como de sua generalidade. A caixa de ferramentas econômica pode ser utilizada por uma grande quantidade de problemas de um amplo conjunto de assuntos. (LAZEAR, 2000, pp. 99-146)

A “caixa de ferramentas” da economia, seu rigor científico e aplicação abrangente levaram Laezer a afirmar que a economia é a “primeira ciência social”. E não apenas seria a economia a primeira ciência social, mas também teria essa “[o] objetivo da teoria econômica é unificar o pensamento e prover uma linguagem que pode ser usada para entender uma variedade de fenômenos sociais.” (LAZEAR, 2000).

A ambição de unificação de pensamento sob apenas um método científico e a linguagem aplicada por Laezer evocam o conceito histórico do colonialismo, do domínio de um grupo, ou nação, sobre o outro para fins de exploração econômica. Por esta razão o título do trabalho de Laezer, trata-se de uma metáfora que se refere ao domínio de uma ciência sobre outras, no caso a economia sobre as demais ciências sociais.

A imagem da economia “colonizando” outras ciências não é a única forma de descrever o fenômeno observado na análise de Laezer, alguns economistas não utilizam essa metáfora, pois discordam que ocorra qualquer tipo de imposição metodológica por parte da economia. A metáfora mais apropriada seria a de uma metrópole estendendo sua preponderância sobre os subúrbios. Neste caso, a economia não seria uma nação “mais avançada” dominando outra, mas uma “ciência-metrópolis” influenciando as “ciências-subúrbio” (FINE, 2002).

Qualquer que seja a metáfora escolhida, economistas como Laezer e também o ganhador do prêmio Nobel Ronald Coase indicaram que seria a coesão científica dos métodos econômicos que tornariam esse movimento de influência, ou dominância, possível. Economistas, de acordo com Coase, perceberam que as outras ciências sociais estão de tal forma interligadas ao sistema econômico que passaram a fazer parte dele e o economista passaria a dominar intelectualmente as outras ciências sociais com o auxílio de ferramentas cientificamente superiores, como métodos quantitativos e análise custo-benefício. Coase e Laezer apesar de concordarem nesse ponto, discordam nos efeitos de longo prazo do avanço da economia sobre outros campos de investigação. Coase entende que, a longo prazo, a tendência é que o economista domine em um primeiro momento e, à medida que as outras ciências aprendem e reconhecem o valor dos métodos econômicos, a ciência original volte a ser a principal força motriz (PARISI, 2004).

A AED poderia ser vista, como afirma Veronica Grembi, como um dos melhores produtos da “fábrica de imperialismo econômico” e da premissa de que a economia seria a “rainha das ciências sociais”. Grembi afirma que o imperialismo econômico teria duas versões, uma forte e uma fraca. A versão fraca do argumento seria associada a economistas como George Akerlof e Joseph Stiglitz e defenderia que a economia pode contribuir com a análise de outras ciências, mas no formato de um sistema aberto, que se dispõe a receber informações novas e críticas até mesmo das ciências-alvo (GREMBI, 2007).

A versão forte do “imperialismo econômico”, por sua vez, veria a ciência econômica como a metáfora da colonização vista acima, expulsando as ciências “menos cientificamente rigorosas” de seu domínio. O movimento de expansão da ciência econômica – ligado à Universidade Norte Americana de Chicago e com o economista e ganhador do prêmio Nobel Gary Becker – teve início em 1947 com clássico texto (e tese de Ph.D.) de Paul Samuelson “Fundamentos da Análise Econômica” (*The Foundations of Economic Analysis*). Os escritos de Samuelson lhe renderam o prêmio Nobel de economia em 1970 por sua contribuição para a matematização da economia, ou nas palavras do jornal *New York Times* em matéria sobre o falecimento (em 13 de dezembro de 2009) do economista, “Samuelson foi responsável por transformar sua ciência de algo que ruminava sobre assuntos econômicos para algo que resolvia problemas, respondia questões sobre causa e efeito com rigor matemático e clareza” (SAMUELSON, apud WEINSTEIN, 2009).

A matematização da ciência econômica, iniciada por Samuelson, foi fundamental para o trabalho de Gary Becker e outros representantes da versão forte do imperialismo econômico, que expandiram a análise econômica para outras disciplinas como teoria política, sociologia e mais tarde o direito. Os paradigmas neoclássicos de comportamento racional dos agentes, equilíbrio e a eficiência econômica como princípio guia somados (com o perdão do trocadilho) à crescente matematização começada por Samuelson forneceram as ferramentas necessárias para que economistas buscassem respostas à questões sobre o ser humano que outras ciências não poderia fazer com o mesmo rigor (GREMBI, 2007).

Gary Becker é o principal representante da versão forte do imperialismo econômico, ou como relatou Grembi o “Comandante da Forças Expedicionárias da Economia”, e ganhou seu prêmio Nobel justamente pelo trabalho na divulgação da aplicação de análise microeconômica para comportamentos que não de mercado. O economista defende a aplicação do método econômico para previsão de comportamentos humanos:

O núcleo do meu argumento é que o comportamento humano não compartimentalizado, por vezes baseado na maximização, por vezes não, por vezes movido por preferências estáveis, por vezes por preferências voláteis, por vezes resultando em uma acumulação ótima de informação, por vezes não. Ao contrário, **todo comportamento humano pode ser visto como envolvendo participantes que maximizam sua utilidade por meio de um conjunto estável de preferências e acumulam um montante ótimo de**

informação e outros insumos em uma variedade de mercados. (Grifo nosso). (GREMBY, 2007).

Gary Becker deu grande propulsão ao “imperialismo econômico”, mas foi o trabalho de outro ganhador do prêmio Nobel de economia que deu origem à AED moderna. Uma descrição dos principais personagens da AED será feita no capítulo seguinte, entretanto, é importante destacar no momento em que se analisa o imperialismo econômico de onde veio a força do argumento que elevou Ronald Coase, e seu artigo “*The Problem of Social Cost*”, ao posto de principal propulsor da versão moderna da AED.

O artigo de Coase explorou a idéia da irrelevância da lei em um mundo ideal onde não haveriam “custos de transação”. Coase é, em razão dessa idéia, um dos autores mais citados em artigos acadêmicos jurídicos em revistas norte americanas até hoje.

A novidade e simplicidade da idéia de Coase é o que lhe deu e ainda dá grande força no meio acadêmico jurídico. O exemplo clássico de Coase trata de um fazendeiro de gado e um agricultor que tem fazendas vizinhas. Se não houver divisão entre as fazendas por meio de arame, o gado pode acabar destruindo uma parte da plantação do agricultor. Se não houver regra jurídica que atribua ao fazendeiro a reparação do dano do gado à plantação do agricultor e os ganhos líquidos do fazendeiro adicionar, por exemplo, uma cabeça de gado forem R\$ 2 e o dano adicional dessa cabeça de gado à plantação do agricultor for R\$ 3, haverá espaço para que o fazendeiro e o agricultor negociem (o agricultor pode pagar qualquer quantia entre R\$ 2 e R\$ 3 para que o fazendeiro abdique da cabeça de gado adicional). Por outro lado, se houver regra jurídica atribuindo ao fazendeiro responsabilidade pelo dano, o agricultor certamente pediria R\$ 3 pelo dano e a consequência seria, uma vez que o fazendeiro estaria disposto a pagar o máximo de R\$ 2, que o gado adicional não existiria. A única diferença com a existência da regra jurídica, Coase demonstra, seria quem ficaria com o valor monetário, a quantidade de gado criado e de plantação destruída seria exatamente igual (COASE, 1960, pp. 1-44).

O exemplo de Coase, simplificado para os fins desse trabalho, mostra que regra jurídicas seriam irrelevantes no contexto de um mundo ideal sem custos de transação (no caso entre o fazendeiro e o agricultor). Custos de transação, ou nas palavras de Coase “custos de mercado” (*marketing costs*), são aqueles custos incorridos para buscar um parceiro de negócios, negociar os termos do negócio, elaborar um contrato, inspecionar os bens envolvidos no negócio e etc. Esses custos podem ser altos o suficiente para que alguns negócios sequer se concretizem (COASE, 1960, pp. 1-44). A existência de custos de

transação foi a grande porta de entrada da ciência econômica no mundo jurídico, uma vez que no mundo real existem custos de transação e regras jurídicas, portanto, são essenciais para a eficiência da organização dos mercados e da sociedade.

Como será visto no capítulo seguinte, foram economistas como Gary Becker e Ronald Coase que se tornaram a força de propulsão da economia na direção do direito, mas também foram juristas como Richard Posner que a força de atração da economia para o direito.

Por fim, é importante notar que o imperialismo econômico atraiu, como seria de se esperar, fortes críticas. Uma das mais interessantes críticas à “rainha das ciências sociais” veio de Fabrizio Ferraro, Jeffrey Pfeffer e Robert Sutton no artigo “*Economics Language and Assumptions: How Theories Can Become Self-Fulfilling*”.

No artigo, Ferraro (2003) começa reconhecendo que:

Não há dúvida que a economia venceu a batalha pela hegemonia na academia e na sociedade e que tal domínio torna-se mais forte a cada ano [...] Na academia, padrões de citação mostram que a economia goza de status e, certamente, dominância. Idéias econômicas estão tendo crescente destaque em ciência política (Green and Shapiro, 1994), direito (Posner, 2002), bem como em ciências organizacionais (Pfeffer, 1997:14). E a literatura econômica é citada mais freqüentemente por outras ciências sociais do que a economia cita outras ciências sociais (Pieters and Baumgartner, 2002; Baron and Hannan, 1994).

Entretanto, apesar da hegemonia da economia no meio acadêmico e na sociedade, os autores apresentam uma justificativa diferente de Becker, Coase e Posner. A idéia é a de que a economia seria uma teoria “auto-realizável” (*self-fulfilling theory*), ou seja, que de uma forma ou de outra a própria ciência que faz previsões de resultados e comportamentos humanos acaba por ser responsável pela concretização da previsão.

No artigo, os autores trazem o interessante exemplo da *Chicago Board Options Exchange* (CBOE) ou Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago e o estudo de MacKenzie e Millo. A referida Bolsa abriu em 1973 e nesse mesmo ano os economistas Black e Scholes (1973) e Merton (1973) publicaram um estudo importante sobre “*option price theory*” (teoria de preços de opções) que lhes rendeu o prêmio Nobel. Interessante notar é que a teoria dos autores acima, inicialmente, não conseguia prever os preços das “opções na CBOE (havia

desvios de 30 a 40%). Mas, à medida que o tempo passou os desvios diminuíram para 2%. MacKenzie e Millo mostraram, por meio de diversas entrevistas com participantes do mercado, que os participantes da Bolsa passaram a usar o modelo econômico de Black e Scholes para fazer suas ofertas no mercado, além disso, o modelo passou a ser utilizado na regulação do mercado, especialmente no sistema “*Autoquote*”. O modelo econômico que tentava prever o comportamento de preço do mercado, ao se tornar conhecido e ser utilizado, passou a se tornar eficiente nas previsões, uma teoria auto-realizável.

Outro exemplo que merece destaque são os estudos sobre a presunção econômica (que será vista com maior detalhe em capítulo posterior) do agente racional “auto interessado” (*self interested*) e como essa idéia influencia o comportamento real das pessoas. Em primeiro lugar, Marwell e Ames (1981) demonstraram que as pessoas tendem a contribuir com recursos financeiros para o grupo, ou bem público, em maior proporção e que economistas e pessoas que estudam negócios (*business*) tem maior tendência a serem “caroneiros” (*free-riders*) do que pessoas não-economistas (economistas contribuem só com 20% de seus recursos para o grupo, enquanto não-economistas destinam 42%). Em um diferente estudo, alunos de uma universidade na Alemanha foram colocados perante a escolha de um encanador para uma empresa que eles não tinham vínculo (as opções de encanadores incluíam encanadores que retribuía recomendações com dinheiro). O resultado foi que estudantes de economia eram mais propensos a indicar o encanador que cobrasse mais caro, desde que ele pagasse o maior retorno pela recomendação. O ponto do artigo é que “comportamento auto-interessado”, premissa clássica da economia, é um comportamento aprendido.

A economia avançou em direção a diversas ciências sociais, mas os muros de tais ciências não foram derrubados pela economia. Os portões foram, de certa forma, abertos por dentro.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O chamado imperialismo econômico não avançou apenas sobre o direito. A antropologia recebeu influência econômica recentemente. Swee-Hoon Chuah, da Universidade de Nottingham na Inglaterra defende que as duas ciências podem aprender uma com a outra, mas abre seu texto com a seguinte frase: “O Imperialismo Econômico voltou. A última ‘vítima’ dos tentáculos colonizadores da economia é o conceito de cultura, tradicionalmente domínio exclusivo da antropologia.” (CHUAH, 2006).

A ciência política também foi objeto de avanços da economia. Sigelman e Goldfarb afirmam que o imperialismo econômico e o avanço dessa ciência na política se daria em razão da economia ser uma ciência “emprestadora” (*lender*) enquanto a ciência política seria “tomadora de empréstimo” (*borrower*) (SIGELMAN e GOLDFARB, 2008).

A lista poderia continuar facilmente pela sociologia e outras ciências sociais, entretanto, após observar uma lista como esta o leitor se pergunta: porque analisar o fenômeno com base no direito? Seria porque o autor prefere navegar por águas conhecidas? Talvez, mas há uma justificativa melhor para analisar o imperialismo econômico pelo prisma do direito.

É possível imaginar uma sociedade que não seja regulada por um sistema jurídico e, talvez, essa sociedade utilize um sistema diferente para resolver disputas entre seus membros. Entretanto, se uma sociedade tem um sistema jurídico esse é o sistema institucionalizado mais importante ao qual essa sociedade está sujeita (RAZ, 2002, p. 154). O direito oferece a estrutura sobre a qual a atividade social ocorre, é um sistema para guiar comportamentos humanos e resolver disputas que clama para si autoridade suprema para interferir com qualquer tipo de atividade. O sistema jurídico também apóia ou restringe a criação e prática de normas, em sentido amplo, na sociedade (RAZ, 2002, p. 154).

É possível, portanto, afirmar que a análise de um movimento de expansão da ciência econômica sobre direito é relevante e a exposição dos pressupostos que essa ciência utiliza e das críticas que ela levanta são do interesse de uma sociedade regulada por um sistema jurídico.

Mas, dizer que o chamado imperialismo econômico é o único fator responsável pelo surgimento da AED seria uma simplificação. O vetor jurídico, principalmente nos Estados Unidos da América, estava direcionado para as ciências naturais e, nessa busca de eliminação de incertezas do direito, acabou encontrando a economia. Vejamos a seguir.

2.1. As origens

A AED é pouco conhecida no Brasil, mas nos Estados Unidos da América e em diversos países europeus já se encontra consolidada. A Enciclopédia de Filosofia Routledge afirma, no verbete *Law, economic approach to*, que “o desenvolvimento de uma abordagem econômica para a prática legal foi o avanço jurídico mais importante do último terço do século XX”⁷ O objetivo do presente relato é, portanto, apresentar as origens dessa teoria, bem como indicar a discussão posterior sobre o forte viés naturalista que lhe é inerente.

As raízes dessa escola de pensamento datam do século XIX (MACKAAY, 1999), sendo que a contribuição inicial da ciência econômica pode ser imputada à “Escola Histórica Alemã” e a economistas como John R. Commons, Gustave de Molinari e Carl Menger (MACKAAY, 1999). Do ponto de vista jurídico, merecem destaque: Wilhelm Arnold, Otto von Gierke e Rudolph von Jhering na Alemanha e Henry Maine na Inglaterra. Nos Estados Unidos, as idéias baseadas no realismo jurídico do Ministro da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes foram fundamentais para o desenvolvimento da AED⁸. Em seu artigo *Path of the Law*, Holmes afirmou que “[p]ara o estudo racional do direito, o escriba pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia.”⁹

7 “The development of an economic approach to legal practice has been the most important jurisprudential development in the last third of the twentieth century.” Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge.

8 Neil Duxbury, em seu trabalho *Patterns of American Jurisprudence*, destaca que a análise econômica do direito não deve ser vista como uma descendente direta do Realismo Legal Americano, apesar de dividir com esse movimento a idéia de que para melhor entender o direito é necessário o uso das ciências sociais e de estudo empírico. De acordo com Duxbury, a análise econômica do direito é mais específica, pois se utiliza da economia e de outras ciências sociais na medida em que se utilizam do modelo da escolha racional. MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 18/09/2008. p. 73-4.

9 “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”

A ligação entre o realismo jurídico e a AED, apesar de nem sempre admitida pelos estudiosos do tema, é destacada por Anthony Kronman em seu livro *The lost lawyer*. De acordo com Kronman, a AED tem base no realismo jurídico americano, mais especificamente no realismo científico. Entretanto, o próprio realismo científico é a seqüência de uma tradição ainda mais antiga: o bealismo, assim denominado em razão de Joseph Beale, membro da Universidade de Harvard de 1890 a 1937. O projeto de Beale, apesar das diferenças com o realismo científico, tinha um objetivo comum: determinar, com alto grau de precisão, o que é a lei e o que ela deve-ser (KRONMAN, 1995, p. 168-169).

Apesar do nome, o bealismo não haveria sido criado por Beale, afirma Kronman. Seu colega da Universidade de Harvard (e diretor de 1870 a 1895) Christopher Columbus Langdell, além de ter sido o introdutor do método de “estudos de precedentes” na Universidade de Harvard, também estava convencido de que o estudo do direito deveria ser estritamente científico para que as escolas de direito fossem respeitadas no meio acadêmico.

Langdell foi influenciado pela biologia e matemática, mais especificamente a geometria e, por esta razão, Kronman denomina esse período como “geometria legal”. A idéia, em síntese, seria a de que – como na geometria, onde temos postulados iniciais que são admitidos sem prova, mas que foram adquiridos pela experiência e disso derivamos todo o restante das regras – o direito, uma vez que os postulados iniciais fossem delineados, a tarefa restante seria apenas a de derivação por racionalização (KRONMAN, 1995, p. 169-170).

O projeto estritamente matemático do bealismo foi criticado por seus sucessores, os realistas. O citado Holmes defendia que o direito não poderia ser uma ciência puramente dedutiva e não seria um sistema de normas autocontido, mas uma ferramenta para avançar objetivos sociais. Holmes era um entusiasta das novas ciências sociais, principalmente a economia (KRONMAN, 1995, p. 185).

Apesar da raiz no século XIX, a AED não ganhou fôlego nessa época, uma vez que a ciência econômica ainda se desenvolvia e seus estudiosos passaram a se dedicar a temas diretamente relacionados ao mercado. O formato atual da AED surgiu apenas em 1940 na Universidade de Chicago, em razão da indicação do economista Aaron Director para a Escola de Direito de Chicago, em substituição de seu colega economista Henry Simons.

Com a entrada de Director, a Escola de Direito de Chicago passou a aplicar conceitos econômicos a precedentes judiciais, principalmente em direito concorrencial. Os esforços de Director levaram a criação, em 1958, de uma das mais respeitadas revistas sobre o tema o

Journal of Law and Economics, sendo Director seu primeiro editor, seguido por Coase (MACKAAY, 1999).

O período acima descrito é considerado por estudiosos como Posner como “antiga análise econômica do direito” em contraste com a mais abrangente que surge nos anos 1960 e se dedica a outras áreas jurídicas, como responsabilidade civil, propriedade e direito penal. A “nova análise econômica do direito” é caracterizada pela aplicação de conceitos econômicos a importantes doutrinas jurídicas que não são percebidas imediatamente como geradoras de incentivos de mercado (MACKAAY, 1999). Neste sentido, uma das grandes influências na AED foi o trabalho de Gary Becker, principalmente na aplicação de conceitos econômicos ao crime, família (casamento e divórcio), capital humano e comportamento racional, o que o levou a um Prêmio Nobel em 1992.

Essa nova fase da AED teve maior participação inicial de economistas (com exceções, como Guido Calabresi). A aceitação no meio jurídico se deu apenas com (i) a criação, em 1972, do *Journal of Legal Studies*; (ii) a publicação da primeira edição do livro de Posner *Economic Analysis of Law* (um livro escrito por um advogado para advogados) e (iii) a criação, por Henry Manne, do Instituto de Economia para Professores de Direito (*Economics Institute of Law Professors*) (MACKAAY, 1999).

A partir da década de 80, o movimento AED se consolida nos Estados Unidos, principalmente em razão da introdução de novas discussões no meio acadêmico, como a crítica ao modelo econômico neoclássico (eficiência) que permitiu à AED introduzir ferramentas econômicas avançadas, como teoria da escolha pública, teoria dos jogos, teoria institucional e neo-Institucional.

2.2. Definição e objetivos

Como visto, a AED surge para tentar suprir uma suposta falha do direito, qual seja, a ausência de métodos científicos para avaliar, prever e, até mesmo, guiar a decisão de um juiz ou agente público. Nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen, os “[a]dvogados respondiam a esse tipo de pergunta [como uma sanção afetará o comportamento das pessoas] em 1960 quase da mesma forma que respondiam há 2000 anos: consultando sua intuição e os

fatos disponíveis.” (COOTER, 2008, p.3). Assim, se bem executada, a AED seria uma ferramenta mais transparente e eficiente que as técnicas de avaliação e previsão empregadas pelo direito até hoje.

Diante disso, advogados e economistas passaram a analisar as instituições jurídicas por meio da ciência econômica, uma vez que a economia poderia prover a teoria científica adequada à previsão dos efeitos das sanções e outras decisões dos agentes públicos no comportamento dos seres humanos.

Mais adiante serão tratados com maior detalhe os fundamentos econômicos que dão suporte a essa afirmação, sendo certo que, no momento, é suficiente afirmar que a ciência econômica “enxerga” sanções jurídicas e decisões de agentes públicos como “preços”, ou seja, os seres humanos reagem à sanções e decisões de forma similar a aumentos ou diminuições de preços. Pessoas consomem mais de um determinado produto se o preço é reduzido, da mesma forma, pessoas cometerão mais de um determinado ato socialmente indesejado se a sanção for baixa (ou “barata”) (COOTER, 2008, p. 3).

É interessante notar que o direito é um fenômeno social que tem ramificações por diversas áreas da vida, como no direito penal, civil, de família, concorrencial, regulatório, financeiro e tributário, apenas para citar alguns. A AED, por sua vez, surge nos campos jurídicos mais diretamente afetados por variáveis econômicas, como o direito concorrencial e regulatório. Entretanto, com base em diversos trabalhos acadêmicos, mas principalmente por influência do economista e prêmio Nobel Gary Becker, a AED avança para quase todas as searas do comportamento humano, como no direito penal, de família e, até mesmo, na análise de comportamentos discriminatórios a minorias (BECKER, 1992).

Além de uma teoria científica que tenta descrever o comportamento humano, a economia é vista pela AED como um método de análise e previsão, bem como o conceito de eficiência econômica é visto como um padrão normativo para avaliação das leis e políticas públicas. Isto porque, o direito não seria apenas um conjunto de regras, seria um importante instrumento para atingir fins sociais e, portanto, os juízes e agentes públicos deveriam ter um método e um critério para avaliar os efeitos de leis e decisões sobre a sociedade. A economia, com os fundamentos que serão descritos a seguir, seria a ciência capaz de prever (método) os efeitos de políticas públicas e decisões sobre a eficiência (critério), uma vez que é melhor atingir um objetivo de forma eficiente do que o contrário (COOTER, 2008, p. 3).

A chamada visão fraca da AED normativa (*weaker view*) admite que a economia não poderia guiar as ações políticas (incluindo decisões de juízes), mas afirma que o desperdício é algo indesejável, portanto se duas ações diferentes obtém o exato mesmo resultado, mas uma delas demanda menores recursos para atingir tal objetivo, essa visão fraca da AED normativa dirá que a melhor ação será aquela que despender a menor quantidade de recursos (KRONMAN, 1995, pp. 232-233).

Contudo, para os defensores da AED, a visão fraca da AED normativa não seria adequada e haveria uma tendência para uma visão mais forte da AED normativa. Para os defensores dessa versão forte, o princípio da eficiência tem maior potencial, pois a eficiência proveria o critério para se determinar se uma ação estaria certa ou errada. Adeptos dessa visão adotaram o que pode ser chamada de *welfarist view*, ou seja, visão de bem-estar, na qual uma ação é preferível à outra se a primeira produz maior bem-estar, sendo que a economia proveria o método para avaliar as diferentes opções de ação e a eficiência o critério (KRONMAN, 1995, pp. 232-233).

Não se trata, portanto, de uma teoria que tenta responder perguntas clássicas da filosofia do direito, como qual é a natureza das regras jurídicas (direito natural ou positivismo jurídico, apenas para citar algumas). Filósofos como Ronald Dworkin, Joseph Raz e H.L.A. Hart, apesar de pertencerem a tradições opostas (pode-se dizer que Raz e Hart estariam de um lado do debate, enquanto Dworkin estaria de outro), propuseram-se a responder uma série de perguntas essenciais ao direito, entre elas, (i) que normas, públicas e escolhidas coletivamente, devem os agentes públicos aplicar?, (ii) como diferenciar as regras jurídicas de simples coerção?, (iii) como diferenciar e/ou relacionar direito e moral? (iv) porque pessoas devem obedecer à leis (questão de normatividade da lei)? e (v) como decidem (ou devem decidir) os juízes?

Raz e Hart que ligam o direito a fenômenos sociais ou Dworkin que liga o direito a uma visão política tentaram, de uma forma ou de outra, responder às perguntas acima. A AED, por outro lado, tem um projeto diferente. Pretende descrever, prever e guiar a atuação dos agentes públicos sem dar ao sistema jurídico um conceito que o diferencie de outros fenômenos sociais. A AED estaria mais interessada em responder à pergunta “iv” acima do

que as demais e seria, portanto, mais uma teoria de adjudicação do que uma teoria sobre o direito.¹⁰

É possível observar, portanto, que a AED tem uma dimensão descritiva e normativa. Na primeira, descreve os fenômenos jurídicos por meio do critério e metodologia da ciência econômica. Já no âmbito normativo, a AED lança a proposta de que políticas públicas e o direito se pautem por critérios econômicos, ou seja, pela eficiência (GOLDBERG, 2006, p. 38).

O maior interesse do presente trabalho se encontra na versão mais forte e normativa da AED, pois estaria, como se verá nos capítulos seguintes, fundamentada em teorias como o consequentialismo e em visões instrumentalistas da racionalidade humana. Entretanto, as discussões do presente trabalho não tem aplicação limitada à versão normativa forte da AED, pois muitas das críticas discutem aspectos fundamentais da ciência econômica.

Em resumo, a AED pode ser definida como o campo de conhecimento metajurídico que tem por objetivo utilizar princípios e ferramentas empíricas da teoria econômica para examinar (descritivo), avaliar e guiar (normativo) a formação, estrutura, processo e efeitos do direito, das instituições legais e das políticas públicas nos mais diversos campos da sociedade (GOLDBERG, 2006, p. 65).

Por fim, interessante notar que a AED começa a incorporar tecnologia de outras ciências que também, como se observará abaixo, tiveram influência da visão naturalista. Uma das mais novas abordagens da AED leva em consideração, além da ciência econômica e das instituições jurídicas, a psicologia behaviorista, é a chamada *Behavioral Law and Economics*. O instituto Max Planck para o Estudo de Bens Coletivos, por exemplo, tem linha de pesquisa dedicada à análise de políticas públicas por meio da AED behaviorista.¹¹ Tal fato poderia ser considerado um exemplo do que o economista Edward Laezer afirma no texto *Economic Imperialism*: “[o] objetivo da teoria econômica é unificar o pensamento e prover uma linguagem que pode ser usada para entender uma variedade de fenômenos sociais.” (LAZEAR, 2000).

¹⁰ Verbete “The Economic Analysis of Law”. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/#TwoStrThoWitEcoAnaLaw>. Acesso em 01/02/10.

¹¹ Disponível em: <<http://www.coll.mpg.de/content/mpi-organization>>. Acesso em: 04.06.2009.

3. FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1. Fundamentos econômicos

Até o momento, foi utilizada uma extensa série de termos econômicos que, para plena compreensão do objetivo do presente texto, devem ser esclarecidos. Conceitos como (i) racionalidade econômica, (ii) escassez, (iii) eficiência (critério de Pareto e Kaldor-Hicks), (iv) preço (ou valor econômico de algo), (v) custo e outros, serão analisados.

A ciência econômica é tida por aqueles que defendem a AED como a teoria comportamental que pode prever com precisão como as pessoas reagirão a alterações legais, políticas públicas e decisões judiciais. A promessa descritiva da ciência econômica pode ser explicada, primeiramente, pela universalidade de suas premissas básicas.

As ações humanas, de acordo com a economia, tem todos os tipos de finalidades e as razões que as suportam são as mais diversas, entretanto, qualquer ação humana tem duas características básicas. Em primeiro lugar, requer o uso de recursos escassos, tornando, assim, a competição por tais recursos irrecorrível. Ademais, as ações humanas são sempre racionais, ao menos em um sentido do termo: elas sempre tentam eliminar desperdício. Em suma, os seres humanos desejam minimizar os custos de atingir quaisquer objetivos que tenham em mente. Escassez é, portanto, um fato da vida e a racionalidade econômica – a eliminação de desperdício – a resposta humana básica para esse fato (KRONMAN, 1995, p. 227).

Neste sentido, Gary Becker (1992, pp. 385-401) afirma que:

[...] a abordagem econômica a que me refiro não parte da premissa que indivíduos são motivados apenas por egoísmo ou ganho material. [...] A análise parte da premissa que indivíduos maximizam bem-estar como eles o definem, seja egoísta, altruísta, leal, rancoroso, ou masoquista. O comportamento deles é centrado no olhar para o futuro e também consistente no decorrer do tempo. Em específico, eles tentam da melhor forma possível antecipar conseqüências incertas de suas ações. [...] Ações são limitadas pela renda, tempo, memória imperfeita e capacidade de cálculo, e outros recursos

limitados, e também pelas oportunidades disponíveis na economia e outros locais.

O conceito de racionalidade utilizado pela economia é, portanto, objetivo: racionalidade significa uma disposição para escolher, de forma consciente ou inconsciente, um meio apto a realizar qualquer finalidade da pessoa. Em outras palavras, “racionalidade é a habilidade e inclinação para usar o raciocínio instrumental para seguir com a vida.” (POSNER, 2007, p. 17).

Além disso, economistas presumem que pessoas sempre maximizam algo: consumidores maximizam satisfação, empresas maximizam lucro, políticos maximizam votos, jogadores de futebol maximizam gols e assim por diante. O conceito de maximização, portanto, pode ser definido como a forma de escolha racional que leva em conta as restrições (escassez) da sociedade (COOTER, 2008, p. 17).

Importante destacar que a ciência econômica concentra esforços na explicação e previsão de tendências e comportamentos agregados e não o comportamento de um indivíduo; e, em uma amostra grande o suficiente, desvios de comportamento aleatórios são cancelados pelo cálculo agregado (COOTER, 2008, p. 19).

Com base nas premissas de escassez e racionalidade, a economia é considerada pelos adeptos da AED como uma ferramenta de previsão de comportamento humano sofisticada e a eficiência um parâmetro preponderante para avaliar e propor leis e políticas públicas. A eficiência, assim, seria o fator dominante para a elaboração de políticas públicas (FISS, 1986, pp. 1-2).

Como é possível observar, a teoria da AED tem aspectos descritivos e normativos¹² e, de acordo com Posner, apesar do economista não poder dizer à sociedade se deve ou não limitar o furto de bens, o economista pode mostrar à sociedade que seria ineficiente permitir furtos sem restrição e, assim, tornar mais claro o conflito entre dois valores – no caso, a propriedade privada e a liberdade de agir –, pois demonstra quanto de um valor é perdido (com base no critério de eficiência) para alcançar outro (POSNER, 2007, p. 27). Tal posição

12 “O law and economics tem uma dimensão positiva e uma normativa. Em sua dimensão positiva, tenta descrever o fenômeno jurídico a partir de critério e metodologia econômicos. Em sua dimensão normativa, o law and economics propõe que políticas públicas e o próprio processo de interpretação constitutiva do direito se pautem por critérios de eficiência. [...] Um dos filhos inconfessos (uma vez que a filiação é recusada por muitos de seus autores) dos utilitaristas, a abordagem econômica do direito (*law and economics*) advoga que o direito deveria orientar-se a partir do mesmo pressuposto metodológico com o qual trabalha a economia neoclássica: pessoas, em qualquer atividade, tentam maximizar sua utilidade ou bem-estar.” GOLDBERG, Daniel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2006. p.38.

pode ser considerada como a visão fraca da AED, em contraposição à visão forte, hoje muito defendida.

Neste sentido, além das premissas básicas de escassez e racionalidade econômica do ser humano é importante esclarecer o significado do termo “eficiência”. O primeiro sentido de eficiência chama-se “eficiência produtiva”: um processo produtivo é eficiente se (i) não é possível produzir a mesma quantidade de produtos usando uma combinação menos custosa de insumos ou (ii) não é possível produzir mais de um produto usando a mesma combinação de insumos (COOTER, 2008, p.17).

A eficiência alocativa, mais utilizada pela AED, pode ser definida como a situação em que bens e direitos são alocados de maneira a que todas as trocas entre indivíduos (empresas, nações e etc) beneficiem ambas as partes até o ponto em que necessariamente alguém perderá com a próxima troca (GOLDBERG, 2006, p. 29). Em outras palavras, uma situação superior em termos de eficiência econômica é aquela em que ao menos uma pessoa é beneficiada, sem que haja malefício a outra (POSNER, 2007, p. 14).

O conceito de eficiência econômica (ou “ótimo de Pareto”, em homenagem ao economista Vilfredo Pareto) não contempla aspectos distributivos, uma vez que uma situação inicial onde muitos detêm pouco e a minoria se encontra em extremo luxo poderia ser considerada “eficiente” no sentido econômico.

Foi em razão desse tipo de crítica que a economia e a AED passaram a utilizar um conceito alternativo de eficiência, a “eficiência potencial” ou critério Kaldor-Hicks. Pelo critério Kaldor-Hicks, uma situação eficiente é aquela em que se aumenta o bem-estar dos beneficiados em um montante superior à perda dos prejudicados, uma vez que a diferença entre esses valores pode ser utilizada para compensar aqueles que perderam e ainda assim estarmos diante de uma situação melhor que a anterior (MARTINEZ, 2008, p. 41-42). Em termos numéricos, se um indivíduo “A” entende que seu trabalho vale R\$ 100,00 e o indivíduo “B” o avalia em R\$ 120,00, qualquer valor entre R\$ 100,00 e 120,00 para o trabalho de A criará um benefício total de R\$ 20,00 (se o valor, por exemplo, for R\$ 110,00, cada indivíduo ficará com R\$ 10,00 de benefício). Assim, o exemplo acima será eficiente no sentido Kaldor-Hicks se o dano – se houver – a terceiros não seja superior a R\$ 20,00, sendo que por esse critério os beneficiados podem compensar os eventualmente prejudicados, independentemente se o fazem ou não (POSNER, 2007, p.14).

Fundamental notar que, por meio dos pressupostos básicos de escassez e racionalidade, a ciência econômica e a AED captam os benefícios (o bem-estar) da relação entre pessoas (empresas, nações e etc) por meio do sistema de preços. Ou seja, no cálculo da AED são incluídos todos os bens tangíveis e intangíveis aos quais os indivíduos atribuem valor (qualquer tipo de valor, até mesmo sentimental), mas sempre por meio de unidades monetárias.

Na economia de bem-estar as avaliações normativas são baseadas no bem-estar dos indivíduos, sendo que economistas utilizam o termo “utilidade” para fazer referência ao bem-estar de um indivíduo (em casos onde há incerteza sobre o futuro, o critério utilizado por economistas é chamado de “utilidade esperada”). A noção de utilidade da economia pode compreender qualquer coisa que um indivíduo valorize, como prazer, sentimentos altruístas, masoquistas, bens que a pessoa queira consumir e etc, o único limite para o conceito de bem-estar do indivíduo está na própria mente da pessoa (KAPLOW, 2002, pp. 18-19).

Ainda sobre utilidade, é importante destacar que a noção de utilidade (principalmente no caso da utilidade esperada) é analisada pela economia por meio de uma ordem individual de possíveis resultados da ação. Em outras palavras, o analista da AED indexará numericamente as preferências dos indivíduos da seguinte forma: se o indivíduo A prefere o resultado x ao resultado y que, por sua vez, é preferível ao resultado z , o analista da AED dirá que a utilidade de x é 10, por exemplo, a utilidade de y é 8 e a utilidade de z é 6. A idéia é ter um ranking de valores de utilidade individuais (KAPLOW, 2002, pp. 18). Essa forma de ranking de utilidade pode trazer críticas sobre a possibilidade de transitividade entre x e z , por exemplo, mas isso será objeto de análise posterior.

Apenas para citar Posner mais uma vez, “o valor econômico de algo é quanto alguém está disposto a pagar pelo objeto ou, se já tem posse do objeto, quanto dinheiro ele exige para se separar desse objeto.” (POSNER, 2007, p. 12).

Como visto, apesar da inclusão de bens tangíveis e intangíveis (como, por exemplo, o valor da satisfação de ter atuado de forma altruísta), o aumento de riqueza, ou melhor, a maximização de riqueza é o conceito basilar da AED (GOLDBERG, 2006, p.39-40). A idéia é a de que o gestor público está sempre diante de escolhas onde um grupo perde e outro ganha e, assim, seria sempre melhor que a decisão fosse tomada com base na avaliação dos resultados e utilizando-se do critério da eficiência potencial, uma vez que este critério garante

incremento de riquezas à sociedade e garante também que os eventuais prejudicados possam ser compensados até o ponto em que sejam indiferentes à alteração realizada.

3.2. Fundamentos filosóficos

Uma vez que foram descritos (i) o histórico da AED, onde foi possível observar a influência do pensamento naturalista do século XIX nas origens dessa escola metajurídica; (ii) os objetivos da AED, na qual foi apresentado o projeto da AED de implantar a economia como método e a eficiência econômica como critério para decisões de agentes públicos; e (iii) os conceitos econômicos fundamentais para a compreensão do método e critério mencionados acima, é necessário demonstrar com maior detalhe as premissas que AED buscou, consciente ou inconscientemente, na filosofia.

3.2.1. O projeto naturalista

Bertrand Russell, em seminários proferidos nas universidades de Oxford na Inglaterra e Columbia nos Estados Unidos da América, afirmou que “[p]ara Newton e grande parte de seus contemporâneos ingleses, a ciência parecia permitir a prova da existência de Deus como o Todo-Poderoso Legislador: Ele havia proferido a lei da gravidade [...]” (RUSSEL, 2003, p. 90). Além da prova da existência de Deus, os pensadores iluministas do século XIX defendiam a idéia de que o sucesso das ciências naturais em descobrir as leis que governam o mundo físico seria argumento suficiente para defender que esse método deveria se estender para o estudo da moral, da sociedade, do governo e da vida mental humana.¹³

Existem diferentes tipos de naturalismo, mas é correto afirmar que uma abordagem naturalista para as ciências sociais dirá que há identidade entre os métodos de investigação das ciências naturais e sociais, bem como dos próprios limites do conhecimento humano sobre esses diferentes assuntos. O naturalismo, ademais, utilizará as ciências naturais (física,

¹³ Verbete “Naturalism in social science” Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge

química e biologia) e seu método como paradigma para a investigação das ciências sociais, sendo adequado afirmar que a prioridade do projeto naturalista é transformar processos e relações sociais em dados mensuráveis e, portanto, matematicamente analisáveis.¹⁴

As idéias naturalistas são identificáveis com o chamado positivismo, do qual um dos maiores expoentes foi o sociólogo francês Auguste Comte. O positivismo compromete-se com a idéia de que o conhecimento social é tecnicamente possível da mesma forma que o conhecimento natural, ou seja, com certo grau de controle dos fenômenos. Ênfase é conferida aos dados quantitativos e a fórmulas precisas. Os positivistas, como Comte e Saint-Simon, afirmam que a sociedade é parte do mundo natural e que, portanto, pode ser estudada com métodos científicos, sendo a missão das ciências sociais descobrir as leis que governam a sociedade.¹⁵

Diversas ciências sociais tiveram, em algum momento, influência do projeto naturalista. A própria filosofia – apesar de não poder ser considerada uma ciência social, mas também não ser ciência natural – foi objeto do projeto naturalista. O positivismo lógico, surgido na Alemanha e Áustria do início do século XX, foi o movimento que tentou expurgar a filosofia de suas intermináveis discussões metafísicas.¹⁶

A psicologia, por sua vez, teve seu representante do projeto naturalista no behaviorismo. A linha da psicologia denominada behaviorismo surgiu nos Estados Unidos da América na primeira metade do século XX e tem por único objeto de pesquisa o comportamento humano (excluindo qualquer referência ao inconsciente), ou seja, “a relação entre um aspecto da atividade do indivíduo (a resposta) e um aspecto da atividade do ambiente (os chamados estímulos) [...]” (VIEGA, 2001). Com base no exame dos estímulos e respostas seria possível entender os comportamentos humanos.

Um dos exemplos mais interessantes do momento histórico que a psicologia passou com seu projeto naturalista foi a edição do livro *Walden II: uma sociedade do futuro*, escrito pelo psicólogo comportamental Burrhus Frederic Skinner. O livro teve grande repercussão em momento posterior ao seu lançamento e causou, inclusive, a criação, em 1967 no estado

14 Verbete “Naturalism in social science” Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge

15 Verbete “Positivism in the social sciences” Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge

16 Verbete “Logical Positivism” Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge

norte-americano da Virgínia, da comunidade de *Twin Oaks* criada com inspiração na obra de Skinner.¹⁷

Em *Walden II*, Skinner desenvolve a história de uma comunidade utópica de 1000 pessoas que por meio do que Skinner denominou “engenharia de comportamento” (experiências de condicionamento comportamental) vivem de forma saudável e feliz. A chamada “engenharia de comportamento” de *Walden II* nada mais é do que a aplicação utópica dos conceitos da psicologia behaviorista da época (o livro foi escrito em 1945) e com base na idéia de que o comportamento humano pode ser direcionado por meio de uma estrutura de incentivos e punições. Nas palavras do próprio Skinner (1978, pp. 8-9):

Duas foram, a meu ver, as razões para o interesse despertado [pelo livro *Walden II*]. A ‘engenharia do comportamento’, que mencionara no livro com tanta freqüência, era, na época, quase ficção científica. Havia pensado que se poderia aplicar a problemas práticos uma análise experimental do comportamento; mas não o provara. A década de 50, entretanto, testemunhou os primeiros passos do que o público passou a conhecer como modificação de comportamento. [...] E na década de 60, as aplicações em outros campos, tais como o aconselhamento e o delineamento de sistemas de incentivos, aproximavam-se mais ainda do que eu havia descrito em *Walden Two*. Uma tecnologia do comportamento não era mais fruto da imaginação. Na verdade, para muitas pessoas era muito real.

O direito, por sua vez, teve duas oportunidades para seu projeto naturalista. A primeira delas, como descrito no capítulo 2 supra, surgiu nos Estados Unidos da América no século XIX com Langdell e Beale por influência dos avanços da biologia e da matemática: foi o momento denominado por Kronman como “geometria legal”. A idéia era bastante radical, buscava tornar o direito uma ciência puramente dedutiva. A crítica dos chamados realistas, como Holmes, não permitiu que o projeto se desenvolvesse, mas abriu as portas para a protagonista seguinte: a economia.

O desenvolvimento da AED foi retomado na década de 60 nos Estados Unidos da América e encontra-se, atualmente, em estágio avançado. De tal forma que seus defensores entendem que a economia deveria passar a ser a método preponderante para decisões de agentes públicos, assim como o conceito de eficiência econômica o critério de escolha entre

¹⁷ Disponível em: <<http://www.twinoaks.org/>>. Acesso em: 25.05.2009.

decisões. Observe-se, por exemplo, a primeira frase do livro de Kaplow e Shavell (2002, p. 17): denominado *Fairness versus Welfare* (Equidade versus Bem Estar):

Neste livro, procuramos qual critério deve guiar o processo decisório social. Nossa tese defende que decisões sociais deveriam se basear exclusivamente nos seus efeitos no bem-estar dos indivíduos – e, dessa forma, não deveriam depender de noções de justiça, equidade ou similares.

Os professores de Harvard Kaplow e Shavell defendem que a avaliação de regras jurídicas e o processo decisório social devem ser feitos exclusivamente por meio da abordagem “welfarista”, ou seja, regras jurídicas devem ser escolhidas apenas com base na avaliação, por meio da ciência econômica, de seus efeitos no bem-estar dos indivíduos na sociedade. Noções de justiça como “justiça distributiva” não deveriam receber peso independente da avaliação de bem-estar. E a abordagem de bem-estar (welfarista) dos defensores da AED inclui não apenas aspectos de conforto material, inclui satisfação estética, sentimentos pelos outros e qualquer outra coisa, tangível ou não, que o ser humano possa dar valor.¹⁸

Em outras palavras, os defensores da AED afirmam que o gestor público, o juiz, o legislador devem sempre escolher entre diferentes atitudes com base na avaliação de seus resultados e utilizando-se da ferramenta econômica, pois seria esta a ciência mais avançada para prever os comportamentos humanos, evitando, assim, desperdício de riqueza.

Para entender e guiar a análise de tais fenômenos sociais a AED em geral tem, de acordo com Kaplow e Shavell, dois passos básicos. O primeiro é avaliar os efeitos que uma determinada política pública terá sobre a sociedade. Por exemplo, a decisão de proibir por completo uma pessoa de dirigir um veículo com qualquer quantidade de álcool no organismo deve ser amparada pela análise da influência dessa regra na frequência de acidentes de trânsito. O segundo passo é normativo, ou seja, determina-se se a política pública é desejável, do ponto de vista social, com base nos efeitos que terá sobre o bem-estar dos indivíduos. É nesse momento que o critério de eficiência potencial (Kaldor-Hicks) anteriormente mencionado entra em ação, pois será o critério onde no cenário em que indivíduos perdem e ganham, o saldo deve ser grande o suficiente para que os ganhadores compensem os perdedores até o ponto em que os perdedores tornem-se, ao menos, indiferentes aos efeitos da política (KAPLOW, 2002, pp. 15-16).

18 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & economics: fifth edition web note 1.1. Disponível em: <<http://www.cooter-ulen.com/wp/?p=5>>. Acesso em: 01.10.2008.

Trata-se do Teorema do Conflito de Pareto, no qual se afirma que se o gestor público tomar uma decisão a partir de critério normativo independente do de bem-estar, invariavelmente todos os envolvidos (inclusive os supostos beneficiados) acabarão em situação pior. É nessa idéia que se fundamenta o argumento em prol da AED: qualquer critério que não o da avaliação dos resultados com base no critério de eficiência potencial deve ser vista, nas palavras de Goldberg, como “eticamente inferior” (KAPLOW, 2002, pp. 15-16).

A ciência econômica, como é possível observar, tornar-se-ia o método preponderante e a eficiência seu critério final, nada mais. Em síntese, o projeto naturalista chegou à ciência jurídica com algum atraso em relação às demais ciências sociais, mas chegou. Isso traz contestações comuns a qualquer projeto naturalista e críticas especiais relativas à ciência econômica e a sua pretensão de aplicabilidade em todos os âmbitos da vida humana. Seria possível afirmar, guardadas as devidas proporções, que o projeto naturalista em que se insere a AED é uma versão moderna do filósofo-rei de Platão, o economista-rei (da mesma forma que a psicologia teve seu psicólogo-rei na obra behaviorista de Skinner).

3.2.2. O consequencialismo e a AED

Adeptos da AED, em maioria, negam que essa seja uma teoria vinculada ao utilitarismo ou, até mesmo, ao consequencialismo. A idéia é defender que a AED não se ocupa de quais valores o ser humano escolhe, mas sim de apresentar, uma vez escolhido o valor, a forma mais eficiente de maximizar esse valor do ponto de vista da sociedade. Alguns teóricos da AED chegam ao ponto de dizer que a tese seria “agnóstica”, uma vez que poderia ser utilizada para avançar objetivos capitalistas, comunistas ou estóicos (GEORGAKOPOULOS, 2005, p. 3-4.).

O objetivo dessa seção é, portanto, defender que a AED é, sim, vinculada a idéias consequencialistas e que ao tentar escapar dessa classificação, a teoria não apenas torna seus contornos menos claros como também perde uma valiosa chance de enfrentar diretamente as críticas que serão descritas no capítulo a seguir, o que certamente levaria a avanços consideráveis.

Teorias morais – teorias sobre o que indivíduos ou agentes públicos devem fazer – sempre tem, ao menos, dois importantes componentes: uma teoria sobre valor (ou teoria sobre o bem) e uma teoria sobre o correto. Uma teoria sobre o valor descreverá o que é bom ou valioso, ou seja, examinará quais propriedades devemos procurar em nossas ações particulares ou, como agentes públicos, para a sociedade. As teorias sobre valor são variadas, uma teoria de direito natural, por exemplo, dirá que o valor que deve ser buscado é obediência às leis naturais. Outras teorias afirmarão que devemos valorizar a liberdade humana, solidariedade, autonomia ou uma combinação desses valores (PETTIT, 1993, p. 230).

Entretanto, para ser completa, uma teoria moral deve também ter uma teoria sobre o correto, isto é, uma teoria que informe ao ser humano, não o que ele deve valorizar, mas como ele deve agir para promover aquele bem identificado na teoria do valor (PETTIT, 1993, p. 230).

A depender da teoria sobre o correto apresentada, uma teoria moral será classificada como teleológica (do grego *telos*, “objetivo”) ou não-teleológica, em outras palavras, consequencialista ou não-consequencialista. Uma teoria não-consequencialista, por exemplo, é a deontologia (do grego *deon*, “dever”) que defende que a correção de uma atitude depende dela estar ou não de acordo com alguma norma moral. Nesse sentido, os principais aspectos de como os seres humanos devem viver são delimitados por regras morais que não devem ser quebradas, mesmo quando as quebrando tenha-se melhores resultados.

Teorias éticas da categoria deontológica são caracterizadas pela prioridade dada ao correto, em detrimento do bom, enquanto teorias consequencialistas fazem exatamente o contrário. Para agir corretamente, um ser humano deve, antes de tudo, abster-se de praticar aqueles atos que, em si mesmos, são considerados – qualquer de seja o critério – errados, mesmo que ao agir dessa forma resulte em menor quantidade de bem.

Não é o objetivo do presente texto discorrer sobre teorias deontológicas, pois para tanto seria necessário descrever a natureza e estrutura das restrições deontológicas, ou seja, os diversos sistemas de regras e proibições que formam a base dessa teoria não-teleológica. A idéia era apresentar o núcleo da teoria deontológica para que isso sirva de base comparativa à explicação das teorias consequencialistas. Entretanto, antes de tratar das teorias consequencialistas, é necessário destacar que a aparente fronteira que divide essas teorias não é intransponível, nas palavras de J.L. Mackie (1990, p. 149-150):

De fato, encontro muita dificuldade em distinguir e separar [consequencialismo e deontologia]. Por exemplo, deve entender como um componente do bem a ser realizado a não-existência de extrema injustiça na distribuição de vantagens entre pessoas. Mas a justiça ou injustiça de uma distribuição não pode ser completamente distinta da justiça ou injustiça dos procedimentos e ações que tenham levado àquela distribuição, e, ainda, não podem ser completamente identificadas com elas. Mas justiça na distribuição seria um bem consequencialista não-utilitarista, enquanto a justiça nos procedimentos e ações cairia naturalmente na deontologia.

O que se pode observar da afirmação de Mackie é que a fronteira entre teorias morais consequencialistas e deontológicas não é estanque quando a questão em análise é a teoria sobre o bem. Entretanto, quando a questão é a teoria sobre o correto, essas teorias diferem consideravelmente.

O termo consequencialismo tem muitas variações, mas, em termos amplos, pode ser apresentada como a teoria que defende que uma ação é moralmente correta se levada em consideração apenas as conseqüências do referido ato. Uma teoria consequencialista negará que a correção de um ato possa depender de algum valor intrínseco.

Algumas teorias classificadas como não consequencialistas defendem que existem princípios morais gerais ou universais que não são derivados de percepções e que a corretude moral e os deveres não dependem de nada de fora do reduto moral, sendo que tal correção moral é um dever em si mesmo. O consequencialismo difere de tais teorias porque defende a derivação de julgamentos morais de bens que não estão no reduto moral. Um consequencialista defenderá que a corretude moral deve servir à noção pessoal e interpessoal de bem estar e que tal corretude e o dever de cada pessoa será uma função de alguma noção de bem estar individual ou social (que não se limita à visões hedonistas clássicas e pode incluir a busca da verdade, experiência estética, amizade, entre outros) (GRISEZ, 1978).

Além disso, o consequencialismo propõe a eficiência em promover resultados bons e mensuráveis ou evitar resultados ruins e mensuráveis. Pode-se dizer que no consequencialismo “o bom é definido independentemente do correto e o correto é definido como aquilo que maximiza o bom” (GRISEZ, 1978).

Grisez (1978) afirma que um julgamento moral, do ponto de vista do consequencialismo é

[U]ma avaliação comparativa de alternativas de ação. Cada alternativa é avaliada [...] com base nos resultados esperados. Uma pessoa tenta prever com probabilidade razoável os resultados bons e maus, onde ‘bom’ e ‘mau’ são definidos pela causa ou proteção, a destruição ou prevenção de maiores ou menores valores humanos. A ação correta é aquela que no maior bem esperado – a maior quantidade de bem líquido e, no caso de não haver opção boa, o menor valor líquido de mal.

Um exemplo clássico de teoria ética que pode ser denominada consequencialista é o utilitarismo. Para importantes utilitaristas, como Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, um ato seria moralmente correto se, e somente se, o ato em questão maximiza a noção de bem, que no caso dos utilitaristas clássicos era o prazer. Em outras palavras, ao escolher o curso de sua ação, o agente moral deve avaliar quais opções ações gerarão a maior quantidade de prazer, gerando o mínimo possível de dor.¹⁹

Apesar de sua importância histórica, o utilitarismo, em razão de sua visão hedonista do bem, sofreu muitas críticas. Uma crítica bastante comum era a comparação entre uma pessoa que sentia uma quantidade x de prazer ao ler um livro de poesias e outra pessoa que obtinha a mesma quantidade x de prazer por jogar truco com os amigos. Uma crítica do mesmo gênero, mas muito mais sofisticada, foi apresentada por Nozick no livro *Anarquia, Estado e Utopia* e transportada para o cinema pelo filme *The Matrix*. A idéia era baseada na suposição da existência de uma máquina que pudesse simular perfeitamente as experiências de prazer de uma pessoa. A crítica surge do fato que o utilitarismo não distinguiria o prazer obtido por meio da máquina do prazer obtido na vida.

Em razão de críticas como essa, algumas idéias utilitaristas começaram a ser deixadas para trás até restarem apenas teorias consequencialistas. De acordo com Mackie, uma vez deixado para trás o utilitarismo é possível manter a estrutura consequencialista e retirar a concepção de bem associada com prazer e substituí-la por outra (MACKIE, 1990, p. 149).

Descartar o utilitarismo clássico, manter a estrutura consequencialista (teoria do bem) sobre como o ser humano ou agente público deve agir e inserir novos conceitos sobre o valor que deve ser promovido foi exatamente o que a AED fez ao mesclar a ciência jurídica – um fenômeno social que surge para regular as ações dos indivíduos em sociedade – com a ciência

¹⁹ Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>>. Acesso em 28.05.2009.

econômica – teoria que tenta modelar comportamentos humanos e, com isso, prever os resultados de ações na sociedade.

Georgakopoulos (2005, p. 3-4), no primeiro parágrafo dessa seção, foi citado ao afirmar que a AED seria uma teoria “agnóstica”. A AED, contudo, faz parte da estrutura consequencialista, pois defende que o ideal do sistema jurídico é a promoção do bem estar social, em outras palavras, “a maximização da satisfação individual de preferências”, mesmo que essas preferências incluam um “código de ética”.

Por derradeiro, é importante deixar claro que a AED é uma teoria metajurídica (da expressão grega *metá* que significa “seguir”, no sentido de lugar), uma vez que sugere uma hierarquia vertical de ciências: o direito seria a ciência-objeto e a economia a metaciência.

4. OS LIMITES DA ANÁLISE ECONÔMICA (DO DIREITO)

A AED é uma teoria etérea. Ao contrário da filosofia que busca contornos definidos para conceitos complexos (há exceções, é certo), a AED apresenta seus pressupostos de forma breve e rapidamente mergulha na aplicação do método às mais diversas áreas do direito. O professor de AED da Universidade de Indiana nos Estados Unidos da América, Nicholas Georgakopoulos (2005, p.30), confirma que

dos inúmeros autores em análise econômica do direito, apenas alguns dedicam esforço significativo para definir seus princípios fundamentais e rapidamente passam para outros projetos. [...] Autores em análise econômica do direito acham que seus esforços são mais significativos e produtivos quando aplicam o método ao invés de refinar seus princípios.

Nesse sentido, esse seria o momento ideal no trabalho para tentar tornar um pouco mais sólido o conceito da AED. Espera-se que tenha ficado claro que nem toda a AED tem a pretensão normativa de uma teoria ética, a outra parte suspende a análise na “fronteira” descritiva. Apesar da versão normativa da AED ser mais interessante para os fins do presente texto, as críticas que serão apresentadas nesse capítulo se estendem à versão descritiva. Ou seja, tantos os adeptos da AED normativa, quanto descritiva, se beneficiariam do exame dos problemas apontados, resultando em uma teoria mais robusta da decisão do agente público.

Dito isso, do ponto de vista da filosofia, a AED poderia ser apresentada como uma teoria de decisão humana filiada à tradição consequencialista, mas com aspectos específicos quanto a sua teoria do valor e teoria sobre o correto. A AED determina a eficiência econômica potencial como valor e bem a ser alcançado pela sociedade em todas as suas esferas (critério Kaldor-Hicks). Já no que tange à teoria do correto, a AED entende que a ciência econômica é o método mais avançado para analisar, prever e guiar políticas públicas – nesse ponto a importância das normas jurídicas – no sentido de alcançar o bem anteriormente mencionado.

Além do contorno geral acima, é possível delinear algumas características da AED:

- (i) A AED atribuí peso igual ao bem estar de todas as pessoas e foca no valor esperado e agregado de bem estar.

- (ii) Uma regra jurídica é desejável se é eficiente, ou seja, se a soma de bem estar gerado é maior que a soma dos custos.
- (iii) O critério padrão da AED para bem estar é a satisfação de preferências individuais e o dinheiro é, na maioria dos casos, o denominador comum da AED.
- (iv) O conteúdo das preferências individuais é irrelevante. A AED busca o pluralismo.
- (v) A análise custo/benefício é utilizada para resolver o problema de agregar preferências individuais de várias pessoas. A análise custo/benefício mede as preferências das pessoas com base na disposição que as pessoas tem de pagar por algum bem.
- (vi) A AED assume que seres humanos são maximizadores racionais de seus conjuntos estáveis de preferências individuais formadas pelo processamento de informações diversas.

As críticas que serão apresentadas abaixo poderiam ser agrupadas de diversas formas e qualquer escolha será, portanto, arbitrária. Assim, entendeu-se que a melhor forma de apresentar as críticas à AED seria separá-las em dois grupos principais: (i) críticas direcionadas indiretamente à AED (outra forma seria dizer “críticas direcionadas às raízes da AED”) e (ii) críticas direcionadas diretamente à AED.

A separação das críticas serve apenas ao propósito de tentar apresentar a discussão da maneira mais simples e direta possível, entretanto, como será visto, todas as questões, sejam direcionadas diretamente ou não à AED, estão interligadas.

4.1. Críticas indiretas à AED

As críticas direcionadas indiretamente à AED são: (i) a idéia da falácia naturalista, (ii) conceito de bem estar, (iii) teoria de valor (e o vazio), (iv) problemas de mensuração, (v) liberdade *versus* utilitarismo e (vi) o consequencialismo como teoria “auto destrutiva”.

4.1.1. A falácia naturalista e a distinção “ser” e “dever-ser”

Como visto no capítulo anterior, o projeto naturalista chegou ao direito por meio da AED. Mas, com ele, o direito também herdou um problema mais antigo: a falácia naturalista. O filósofo G.E. Moore (1873-1958) é considerado o precursor da idéia da falácia naturalista, apesar de David Hume, e seu ceticismo moral, serem essenciais para esse tema. Em síntese, uma falácia naturalista é cometida quando a partir de premissas sobre fatos se retiram conclusões sobre valores ou normas (BRANQUINHO, 2006, pp. 333-335). Ou, de acordo com a descrição de John Searle (1964):

Normalmente se diz que não se pode derivar um ‘dever’ de um ‘ser’. Essa tese, que deriva de uma famosa passagem do tratado de Hume, apesar de não ser tão clara quanto poderia ser, é, ao menos, clara em termos genéricos: existe uma classe de afirmações de fato que é logicamente distinta de uma classe de afirmações de valor. Nenhum conjunto de afirmações de fato pode, sozinho, determinar uma afirmação de valor. Em terminologia contemporânea, nenhum conjunto de afirmações descritivas pode determinar uma afirmação de valor sem a adição de, ao menos, uma premissa valorativa. Acreditar no contrário é cometer a chamada falácia naturalista.

Em ética, o naturalismo defende que conceitos como bom, mau, justo ou injusto são equivalentes a “maior prazer”, “maior utilidade”, entre outros. Em outras palavras, dentre todas as situações possíveis existe ao menos uma que maximiza um dado x , qualquer que ele seja.

A falácia observada por Moore está no fato de que o conceito de bem é algo não natural e o naturalismo propõe a compreensão analítica de x com base na descrição ou enumeração de fatos naturais. Tratam-se de gêneros diferentes.

Analogamente, inferências indutivas – muito utilizadas nas ciências naturais – tem problema semelhante, pois da descrição de fatos não segue a necessidade de sua conclusão. A título de exemplo, vejamos o argumento abaixo:

O cisne norte-americano é branco

O cisne inglês é branco

O cisne italiano é branco

O cisne c4 é branco

O cisne *cn* é branco

Logo, todo o cisne é branco

O argumento acima, apesar do sistema de inferências indutivas ser extremamente útil à ciência natural, não é válido de acordo com a lógica formal teórica, uma vez que há a possibilidade das premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa. Trata-se do aforismo medieval *ex vero verum sequitur*, ou seja, do verdadeiro segue o verdadeiro. Apenas para ilustrar a questão, o economista Nassim Taleb (2007, p. 17) informa que

Antes da descoberta da Austrália, as pessoas no Velho Mundo estavam convencidas que todos os cisnes eram brancos, uma crença incontestável uma vez que parecia completamente confirmada por evidências empíricas. A observação do primeiro cisne negro deve ter sido uma surpresa interessante para alguns ornitologistas (e outros extremamente preocupados com as cores dos pássaros), mas não é nesse fato que se encontra o valor dessa história. Ela ilustra a séria limitação de nosso aprendizado por observação ou experiência e a fragilidade do nosso conhecimento.

A descontinuidade lógica entre ser e dever-ser que a noção de falácia naturalista ressaltou foi objeto de críticas. John Searle (Apud BRANQUINHO, 2006, pp. 333-335), por exemplo, utiliza argumentos pragmáticos e lingüísticos para afirmar que de premissas descritivas pode-se derivar conclusões normativas. Searle contesta que se tenha que admitir uma conclusão valorativa para além de atos da linguagem, observe-se o exemplo: (i) João prometeu pagar a dívida; (ii) João se colocou na obrigação de pagar a dívida; e (iii) João deve pagar a dívida. Esses passos seriam sucessivos e se implicariam, sem que para isso houvesse alguma premissa valorativa, haveria apenas linguagem. As noções fundamentais da teoria moral, como compromisso, obrigação e outras seriam derivadas de convenções lingüísticas.

Contudo, a falácia naturalista sobrevive às críticas como a de Searle no argumento que de instituições lingüísticas promissivas não segue a noção de dever, ou seja, ainda sobrevive a idéia de que há uma clara diferença de gênero entre fato e valor (Apud BRANQUINHO, 2006, pp. 333-335).

A distinção entre ser e dever-ser que a falácia naturalista ressalta é de suma importância para o entendimento da economia e da AED. Sobre esse tema, o filósofo Subroto Roy apresenta um estudo no livro *Philosophy of economics: on the scope of reason in economic inquiry*.

De acordo com Roy (1991, pp. 18-20), a economia descritiva (ou positiva) é aquela que trata de questões sobre “o que é”, “o que foi” ou “o que pode ser esperado”, já a economia normativa (ou prescritiva) teria relação com o que “deve ser feito” ou “não deve ser feito” por um governo ou agente privado. A opinião majoritária na economia seria a de que a segunda categoria tratar-se-ia apenas de avaliação subjetiva, o que poderia ser considerada uma derivação da tese epistemológica denominada “ceticismo moral”. Essa tese, que tem em David Hume um dos seus principais expoentes, afirmaria que nenhum julgamento normativo pode ser validamente deduzido de um conjunto de premissas exclusivamente positivas.

O ceticismo moral de David Hume (1978, p. 469) é bem representado pela passagem do seu Tratado sobre a Natureza Humana:

Em todo o sistema de moralidade que eu tenha encontrado, sempre chama a minha atenção que o autor siga por um período de tempo da forma habitual de raciocínio e determina a existência de um Deus, ou faz observações sobre questões humanas; quando de repente sou surpreendido ao encontrar ao invés das proposições habituais “ser” e “não ser”, eu encontro proposições conectadas com “dever” e “não dever”. Essa mudança é imperceptível; mas é, entretanto, de grande consequência. Uma vez que “dever”, ou “não dever”, expressa uma nova relação ou afirmação que deve ser observada e explicada e, ao mesmo tempo, uma razão deve ser apresentada, para o que parece inconcebível, como essa nova relação pode ser uma dedução de outras, que são completamente diferentes dela.

A interpretação correta da passagem acima ainda é motivo de controvérsia, entretanto, para os fins da presente dissertação será utilizada a interpretação de R.M. Hare como apresentada por Roy. De acordo com o filósofo (1991, pp. 18-20), a passagem acima é considerada a primeira lei de Hume: nenhuma conclusão normativa pode ser validamente deduzida de um conjunto puramente factual/descritivo de premissas. Em outras palavras, nenhuma conclusão normativa é possível sem, ao menos, uma premissa normativa. Dessa regra decorre a segunda lei de Hume: quando todas as questões empíricas e matemáticas

forem respondidas não haverá mais lugar para avaliação científica. Se uma regra é derivada nesse ponto, então ela somente poderá expressar nada mais do que uma atitude subjetiva ou sentimento do cientista. Roy, em seu livro, apresenta uma série de economistas que apoiariam tais regras, como Milton Friedman, Paul Samuelson, Lionel Robbins, Sir John Hicks, F.A. Hayek, Joseph Schumpeter, Kenneth Arrow.” (ROY, 1991, pp. 18-20).

Seria possível afirmar, ainda de acordo com Roy, que haveria duas grandes tradições filosóficas que seriam relevantes para a economia, uma aristotélica e outra humeana. E, no que tange à discussão sobre a economia, parece haver certo consenso pela tradição humeana na economia, principalmente nas teorias da escolha social, economia de bem-estar (welfarista) e economia política. Os economistas Sidney Alexander e o prêmio Nobel Amartya Sen seriam exemplos dos poucos dissidentes (ROY, 1991, p. 9).

Sobre a tradição aristotélica da economia, o mencionado economista Amartya Sen proferiu as “Conferências Royer” na Universidade da Califórnia em Berkeley em 1986. As palavras do economista tornaram-se o livro “Sobre ética e economia”, do qual extraímos o seguinte trecho:

De fato, pode-se dizer que a economia teve duas origens muito diferentes, ambas relacionadas à política, porém relacionadas de modos bem diversos, respectivamente concernentes à ‘ética’, de um lado, e ao que poderíamos denominar ‘engenharia’, de outro. A tradição ligada à ética remonta no mínimo a Aristóteles. Logo no início de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles associa o tema da economia aos fins humanos, referindo-se à sua preocupação com a riqueza. [...] A economia, em última análise, relaciona-se ao estudo da ética e da política, e esse ponto de vista é elaborado na *Política de Aristóteles*. (SEN, 2004, p. 19).

As referências feitas por Sen (2005, pp. 17-18) ao título de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, merecem destaque:

Mas como muitas são as ações, artes e ciências, muitas também são suas finalidades. O fim da medicina é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia militar é a vitória, e o da economia é a riqueza.

[...]

Se assim é, cumpre-nos tentar determinar, mesmo que apenas em linhas gerais, o que seja esse bem e de que ciências ou faculdades ele é objeto. E,

ao que parece, ele é objeto da ciência mais prestigiosa e que prevalece sobre tudo. Ora, parece que esta é a ciência política, pois é ela que determina quais as ciências que devem ser estudadas em uma cidade estado, quais as que cada cidadão deve aprender, e até que ponto; e vemos que até as faculdades tidas em maior apreço se incluem entre elas, como a estratégia, a economia e a retórica. Visto que a ciência política utiliza as demais ciências e, ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre o que devemos nos abster, a finalidade dessa ciência deve necessariamente abranger a finalidade das outras, de maneira que essa finalidade deverá ser o bem humano.

A visão aristotélica e minoritária de Sen indica que a economia estaria, ou deveria estar, subordinada a preceitos éticos. Não haveria, na visão de Sen, uma fronteira definida entre ética e economia, como propõem os defensores da visão humeana.

Entretanto, a descrição dos objetivos da versão forte da AED mostra que se pretende extrair juízos normativos sobre os mais amplos campos da vida humana com base na ciência econômica e com base no suposto poder de previsão que essa ferramenta positiva tem.

Um exemplo da abrangência do projeto ético da economia pode ser encontrado no já mencionado texto de Laezer. No estudo, o economista cita pesquisa efetuada em 1976 para avaliar, com base em premissas econômicas e, principalmente, no sistema de preços, qual o valor que um trabalhador atribuí a sua própria vida:

Em Thaler e Rosen (1976) a noção de que trabalhadores estariam dispostos a desistir de algo para trabalhar em ambientes menos perigosos é usada para estimar o valor que os trabalhadores atribuem a sua própria vida. A lógica é que se um emprego que não tem qualquer perigo associado tem um salário para toda a vida no valor de \$ 2.500.000,00 e um emprego que tem probabilidade de morte de 1/100 paga durante uma vida \$ 2.550.000,00, logo o trabalhador marginal enxerga a probabilidade de 1/100 de morrer como valendo \$ 50.000,00. Se utilidade marginal é igual a utilidade média, então o valor da vida seria estimado em 100 vezes \$ 50.000,00, ou \$ 5 milhões. (LAZEAR, 2000).

O já mencionado Kronman (1995, p. 227) defende que o início do estudo de toda a AED se encontra na distinção entre ser e dever-ser, pois nesse tópico é possível discutir a contribuição da AED para a sociedade. Do ponto de vista descritivo não parece haver controvérsia, a economia seria capaz de descobrir e explicar as regularidades do

comportamento humano que se encontram escondidas na lei e na sociedade, algo como as descobertas de Newton para as leis da natureza: existiriam leis universais de comportamento humano que poderiam ser descobertas. E essas descobertas só seriam possíveis, com rigor científico, por meio da ciência econômica.

É importante mencionar também outra questão que surge da discussão anterior. Os adeptos da AED pretendem colocar a avaliação de resultados por meio do sistema de preços da economia como o paradigma central de toda a política pública, acima de valores de justiça distributiva ou quaisquer outros valores per se que possam ser imaginados, pois esses gerariam, invariavelmente, resultados piores para a sociedade. Essa discussão, importada da economia, nada mais é do que a antiga contraposição entre o consequencialismo moral e a deontologia.

4.1.2. O conceito de bem-estar

Se uma teoria determina que uma ação está correta se, e somente se, os resultados dessa ação são bons, independentemente de regras ou promessas, por exemplo, previamente estabelecidas, é fundamental que essa teoria apresente um valor a ser buscado e uma forma de buscá-lo.

Olhando dessa forma a estrutura consequencialista da AED parece simples, entretanto o conceito de bem estar, termo geral que inclui utilidade, é complexo e merece estudo.

James Griffin, em sua obra *“Well being: its meaning, measurement, and moral importance”*, abordou várias questões relacionadas à utilidade, bem estar e sua mensuração. De acordo com Griffin, existem duas tradições sobre o conceito de “utilidade”, uma que vê o termo como um “estado mental” e outra como um “estado do mundo” (*state of the world*). Prazer e dor seriam exemplos da concepção de “estados mentais” e teria como representantes utilitaristas clássicos como Bentham e Mill. A concepção de utilidade utilizada pela economia e, por consequência, a AED seria vinculada aos “estados do mundo” e são chamados de “preferências” (GRIFFIN, 1989, p. 7).

A concepção de utilidade como “estados mentais” é problemática e Henry Sidwick tentou tomar emprestado um pouco das duas concepções e definiu utilidade como consciência

de que desejamos algo neste momento (*actual desire*) ou aquilo que desejaríamos se soubéssemos como seria ter aquele objeto. Apesar da tentativa, a concepção de Sidwick não escapa do problema de outras concepções de “estados mentais”, uma vez que pessoas desejam para além de “estados mentais”. Esse problema foi trazido no clássico texto de Robert Nozick e sua idéia de uma máquina programada para reproduzir quaisquer estados mentais que a pessoa deseje. A idéia seria que pessoas desejam mais do que estados mentais, pessoas querem realizar atos (GRIFFIN, 1989, p. 9).

Foi exatamente em razão de críticas como de Nozick que utilitaristas abandonaram a idéia de utilidade como estado mental e apostaram na concepção do “desejo atual”(*actual desire*), muito utilizada por economistas. Economistas, de acordo com Griffin, foram atraídos para essa concepção de utilidade porque desejos atuais se refletem em escolhas (do consumidor, por exemplo) e, assim, podem ser objeto de investigação empírica. Outro forte apelo dessa concepção é o destaque à autonomia do ser humano não deixando espaço para paternalismo, algo como uma “soberania do consumidor” (GRIFFIN, 1989, p. 7). Por fim, outra vantagem dessa concepção é que ela dá mais espaço para o pluralismo de valores, uma vez que podem ser incluídos quaisquer desejos que as pessoas tenham, não apenas aqueles que possam ser considerados bons ou ruins com base em alguma escala arbitrária.

Pluralismo em geral, e de valores em especial, é muito valorizado em sociedades democráticas, mas tal liberdade de escolha não viria a um alto custo? O desejo de comprar uma grande quantidade de determinado objeto de uma pessoa com transtorno obsessivo compulsivo, mesmo que essa quantidade abasteça 10 pessoas pelo mesmo período de tempo, deve ser incluído no cálculo de utilidade dessa pessoa? Deve fazer parte do conceito de “bem estar” e, conseqüentemente, ser maximizado? Ou, o caso clássico de um sádico que maximizaria sua função de utilidade ao comprar o maior número e variedade de vídeos de animais sendo torturados?²⁰

Além dos problemas acima, outro problema seria o fato de pessoas cometerem erros e, de acordo com Griffin

“é um triste e comum fato que mesmo quando nossos mais fortes e importantes desejos são realizados, nós não ficamos em melhor situação, às vezes pior. Uma vez que estamos procurando a noção de ‘bem estar’, o que

²⁰ Exemplos de desejos atuais como este são mais comuns do que se imagina, basta observar o processo judicial perante a Suprema Corte Norte-Americana *United States v. Stevens*, no qual trata-se da venda dos chamados “*crush videos*” ou vídeos de esmagamento de animais. Para maiores detalhes ver <http://topics.law.cornell.edu/supct/cert/08-769>. Acesso 08.01.2010.

deve importar para o conceito de ‘utilidade’ será, não os desejos atuais das pessoas, mas seus desejos de alguma forma melhorados. Essa objeção à noção de desejo atual é demasiadamente forte para ser superada.” (GRIFFIN, 1989, p. 7).

Uma possível saída para a objeção à noção de desejo como “estado do mundo” e para que não se retorne à idéia de desejo como “estado mental” seria utilizar uma noção de “desejo informado” (*informed desire account*), na qual os desejos que devem ser considerados na noção de utilidade seriam apenas aqueles “racionais” ou “informados”.

Desejos informados seriam aqueles que as pessoas teriam se soubessem a verdadeira natureza de seus objetos de desejo. Por mais ampla que seja a definição, o núcleo da idéia de desejos informados é o reconhecimento de que desejos atuais podem ser defeituosos por (i) falta de informação, (ii) erros lógicos e, mais importante para os objetivos desse trabalho, (iii) problemas com desejos materiais (GRIFFIN, 1989, pp. 11-12).

Desejos materiais tem uma série de problemas que pessoas, como consumidores de bens e serviços, devem estar familiarizados. No momento em que um conjunto de desejos materiais é satisfeito, um novo conjunto, tão exigente ou mais que o primeiro, o substitui (GRIFFIN, 1989, pp. 11-12). A questão temporal acima não está sozinha, além de serem substituídos por novos desejos, desejos materiais podem mudar com o tempo (mesmo não sendo satisfeitos) e isso pode se apresentar como um problema para um projeto de maximização de utilidade. Como calcular ordens de preferência em constante mutação? (GRIFFIN, 1989, p. 16).

São por essas e outras razões e dificuldades que as ciências sociais, em específico a economia e a AED, mantêm como critério mensurável os desejos atuais (até mesmo desejos informados são dificilmente separados e mensuráveis).

Por vezes, economistas e adeptos da AED abandonam até mesmo a idéia de desejos atuais para a ainda mais restrita idéia de maximização de riqueza (*wealth maximization*). A chamada “Escola de Chicago” de AED defende que o bem a ser buscado e maximizado pela sociedade é riqueza social e rejeita qualquer conceito de direitos naturais ou de adquiridos de forma independente. A Escola de Chicago adota a análise de custo/benefício como ferramenta para alcançar tal objetivo (BRION, 1999).

4.1.3. A teoria do valor e o problema do vazio

Um outro sério problema com a abordagem da AED é o fato dela utilizar o conceito de utilidade como desejo atual e, com isso, não apresentar qualquer forma de guia para ação do indivíduo. É possível que a função da AED não seja diretamente guiar as ações privadas dos indivíduos, mas apenas as ações públicas de agentes de Estado. Entretanto, quando o agente de Estado aplica a AED em suas decisões ele, necessariamente, sinaliza ao agente privado os valores que estão sendo mensurados para alcançar o resultado, por exemplo, daquela ação judicial ou programa assistencial de Governo e a teoria econômica tem por pressuposto que agentes privados são racionais e respondem a incentivos e informações.

O conceito de desejo atual é perfeitamente compatível com uma idéia de pluralismo de valores em sociedade, entretanto esse conceito de desejo atual pode obter pluralismo e receber em troca um vazio. Isso porque se os agentes públicos utilizam o critério de desejos atuais para tomar decisões acaba-se por informar ao agente privado que o valor social a ser buscado é a maximização daquilo que você deseja. Simplesmente dizer ao ser humano que aquilo que ele deseja é o que deve ser maximizado não parece algo substancial, não ajuda o agente privado a decidir e não lhe permite estruturar uma hierarquia de valores (GRIFFIN, 1989, pp. 30-31).

Tal problema pode mostrar uma circularidade no método da AED, uma vez que se a AED não tem, como visto acima, um valor substancial que permita ao ser humano organizar sua própria hierarquia de valores como será possível que esse mesmo ser humano escolha e tenha preferências? Isso talvez force a AED a admitir que seres humanos escolhem suas preferências com base em valores arbitrários que eles valorizam independentemente do resultado que esses valores alcançam. Ou, como uma parte da AED vinculada a Richard Posner e à Escola de Chicago defende, a AED dirá que o valor a ser maximizado é substancial: riqueza. Entretanto, veremos mais adiante que a riqueza tem problemas quando escolhida como valor a ser maximizado.

4.1.4. Problemas de mensuração

A grande vantagem do consequencialismo, do utilitarismo e da AED seria sua capacidade de teste empírico e, por conseqüência, mensuração, mesmo que de desejos atuais. Entretanto, mesmo essa característica fundamental não é desprovida de críticas.

A questão da mensuração em teorias consequencialistas deve começar pelo reconhecimento de que há uma distinção entre utilidade ou bem-estar na escala individual (onde o indivíduo decide, de forma soberana, qual a sua função de utilidade, quais são suas preferências) e na escala social. Uma pessoa com problemas de locomoção e direito a uma cadeira de rodas financiada pelo Estado não poderia solicitar uma TV de 50 polegadas e um *video-game* de valor equivalente em substituição à cadeira de rodas, mesmo que a sua utilidade seja maximizada pela diversão e não pela locomoção (GRIFFIN, 1989, p. 46).

Nesse sentido, fica claro que a maximização de preferências tem duas esferas, uma individual e outra social. Um governo estaria justificado em permanecer neutro diante de funções de utilidade individuais, enquanto o indivíduo pode, e deve, buscar sua máxima utilidade.

Dito isso, tratar de problemas de mensurabilidade de utilidade significa tratar de algo que seria incomensurável. Apesar de parecer óbvio, afirmar que algo é incomensurável não é tão simples. Algo pode ser incomensurável se (i) dois itens não podem ser comparados quantitativamente (um não é maior, menor ou igual ao outro), ou seja, não podem ser colocados em uma mesma escala de mensuração (esse seria o sentido mais forte do termo de incomensurabilidade), ou, em um sentido menos exigente, (ii) nenhuma quantidade de um valor X pode ser igual a qualquer quantidade do valor Y (GRIFFIN, 1989, p. 77).

A primeira forma de incomensurabilidade poder ser denominada “incomparabilidade”. Isto significa que dois valores não podem sequer se colocados na mesma escala. Seria o mesmo que dizer que apesar de X e Y serem valores, nenhum é mais valioso, menos valioso ou de igual valor. Um exemplo concreto é a comparação entre o escritor A e o escritor B: ambos são clássicos da literatura internacional e, portanto, não seria possível afirmar que A é melhor ou igual a B e vice-versa. Entretanto, esse seria um caso extremo, pois apesar de ser difícil comparar, não é impossível. É o que Griffin chama de “igualdade rudimentar” (*rough*

equality), isto é, seria possível, apesar de imperfeito, colocar os dois escritores na mesma escala de comparação da mesma forma que colocamos, por exemplo, os valores de liberdade e privacidade na mesma escala (exemplo: diminuição de liberdades civis durante tempos de guerra). O problema com esse tipo de comparação é que apesar de colocarmos escritor A e B na mesma escala, não é possível dizer que se A é melhor que B e B é melhor que C, logo A é melhor que C (problema de transitividade) (GRIFFIN, 1989, pp. 80-81).

4.1.4.1. A escala individual

Uma possível definição de mensuração: “[medir] é assinalar numerais a objetos ou acontecimentos de acordo com alguma regra – qualquer regra.” (GRIFFIN, 1989, p. 93). Existem vários tipos de escalas de mensuração, as mais importantes para o nosso estudo são: (i) escalas ordinais, nas quais regras assinalam numerais a objetos em uma determinada ordem, por exemplo: objeto A vale 10, objeto B vale 8, objeto C vale 5. Há uma ordem, mas não se sabe o quão mais intensa a comparação entre A e B e C. Existem também (ii) escalas cardinais, que são uma forma mais forte e precisa de mensuração. Exige-se que os numerais atribuídos aos objetos também reflitam as razões matemáticas entre os objetos. Assim, poderíamos dizer que A vale 10, B vale 20 e C vale 30 e também dizer que B é duas vezes mais valioso que A e que C é três vezes mais valioso que A. (GRIFFIN, 1989, p. 93).

De acordo com Griffin, a ciência econômica aceita que bem estar é mensurável em escalas ordinais e em situações individuais, pois seria possível afirmar que o valor A dá ao indivíduo mais, menos ou a mesma quantidade de bem estar. Isso é possível porque o indivíduo comparar valores em uma escala interna. Entretanto, mesmo no caso de apenas uma pessoa, quando diante de dois valores concorrentes problemas começam a aparecer, como no exemplo dos escritores acima.

Apesar do problema dos escritores, foi possível afirmar que no nível individual é possível falar em uma “igualdade rudimentar”. Igualdade estrita significa dizer que $A \geq B$ significa que é $A > B$ ou $A = B$. Em igualdade rudimentar, dizer que A é rudimentarmente igual a B significa que se adicionarmos algo a A, chamando de A+, pode não ser verdade que $(A+) > B$ ou que $(A+) = B$, A+ pode simplesmente ser rudimentarmente igual a B. Isso cria um

problema de completude (e escalas cardinaris ficam ainda mais distantes para a mensuração de bem estar, uma vez que é possível dizer que A, A+ e A++ são rudimentarmente iguais a B). Talvez o ponto fique mais claro com um exemplo concreto: é possível dizer que uma vida de grandes realizações é melhor que uma vida recheada de pequenos prazeres e que uma vida de pequenas realizações é pior que uma vida recheada de grandes prazeres, mas o problema surge quando os valores estão em níveis mais próximos. Mesmo assim, se a exigência para escalas ordinais não é grande seria possível dizer que os problemas acima não seriam intransponíveis (GRIFFIN, 1989, p. 96).

Admitindo que Griffin esteja correto e escalas ordinais no caso de apenas uma pessoa são possíveis, como ficariam as escalas cardinais? Nesse caso, Griffin defende que também é possível medir, mesmo que de forma limitada, no caso de apenas uma pessoa. Griffin dá um exemplo: imaginemos que o município A pretende pavimentar um trecho que estrada que passará (e conseqüentemente destruirá) uma árvore centenária, um pequeno lago e uma construção histórica. Pensemos que o indivíduo B dá valor a todos os objetos acima, mas que estaria disposto a gastar 5 horas de lazer para fazer lobby para salvar a árvore centenária, 10 horas para salvar o pequeno lago e 20 horas para salvar a construção histórica (é óbvio que o valor marginal das horas de lazer diminui a medida que tenho mais horas disponíveis, mas deixemos esse fato de lado). Com isso em mente, Griffin consegue uma escala cardinal de utilidade, pois seria possível dizer que o indivíduo B valoriza a construção histórica duas vezes mais do que o pequeno lago e duas vezes o pequeno lago à árvore centenária. Em síntese, Griffin tomou “horas de lazer” como uma aproximação de unidade de utilidade e a distância entre esses valores de unidade como escala de intervalo e, com isso, obteve uma escala cardinal. Por maior que seja a simplificação acima, esse é o tipo de trabalho que a ciência econômica tenta desempenhar (GRIFFIN, 1989, p. 100).

4.1.4.2. A escala social

A discussão anterior deixa clara uma questão: em escala individual seria possível, aceitando uma idéia de “igualdade rudimentar”, medir o bem estar de uma pessoa ou fazer comparações entre o efeito de uma preferência ou outra na função de utilidade dessa pessoa. Contudo, a AED não foi destinada à análise de indivíduos, o objetivo é em escala social e,

portanto, as escalas ordinais e cardinais individuais tem que ser comparadas quando a escolha do agente público colocar uma pessoa em situação diferente para maximizar a função utilidade da sociedade.

Lembrando da concepção inicial de “bem estar” como estado da mente é importante destacar que comparações interpessoais de utilidade seriam um problema de “conhecimento da mente alheia”, algo em si extremamente problemático. Griffin, portanto utiliza sua concepção de desejo informado, mas para os propósitos desse trabalho as críticas do autor podem ser atribuídas à concepção de desejo atual preferida pela economia (GRIFFIN, 1989, p. 106).

Assim, a pergunta é: como fazer comparações interpessoais de bem estar?

A partir dessa pergunta básica deriva-se uma outra: como colocar duas experiências de dois indivíduos diferentes na mesma escala? A primeira proposta que Griffin analisa é a proposta de estudiosos como John Harsanyi, Amartya Sen, Kenneth Arrow e Donald Davison. Trata-se de dizer que “preferências” fazem a ponte entre as duas pessoas. A proposta seria de acordo com o ponto de vista do julgador, ou seja, o julgador se coloca no lugar do indivíduo A e do indivíduo B, se ele for indiferente o valores de utilidade seriam iguais, se houvesse preferência por A, por exemplo, este seria o superior. O óbvio problema é que para analisar dois casos diferentes levar-se-ia em consideração os gostos e preferências do julgador tornando, assim, uma comparação interpessoal de bem estar em uma comparação intrapessoal de bem estar. Preferências não são pontes seguras (GRIFFIN, 1989, pp. 109-110).

Se a escala de duas pessoas já apresenta problemas, a escala social tem problemas ainda maiores. Poderia um governo tomar decisões com base em critérios utilitaristas? É importante lembrar que para tomar esse tipo de decisão o governo teria que obter quantidade inimagináveis de informação sobre as utilidades individuais das pessoas, sendo certo que tais informações seriam difíceis de adquirir pois são privadas. E mesmo que tal empreitada fosse possível, os cidadãos estariam dispostos a aceitar os resultados mesmo que não necessariamente benéficos para os indivíduos, mas sim para a sociedade? Lembrando que o critério utilitarista aconselha o indivíduo a maximizar sua utilidade pessoal, mas ao mesmo tempo pede para esse mesmo indivíduo aceitar resultados que não maximizarão sua utilidade, mas sim do coletivo (GRIFFIN, 1989, p. 121). Essa contradição é considerável.

4.1.5. John Rawls, liberdade, individualismo e utilitarismo

Um trabalho que analisa uma teoria com raízes consequencialista como a AED não poderia deixar de abordar, mesmo que brevemente, a obra do filósofo norte-americano John Rawls. Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça* (1971), iniciou uma formulação teórica que levaria uma vida e seria reformulada em diversas outras obras. Para os fins desse trabalho, basta a crítica do filósofo às premissas básicas do utilitarismo, algo que não sofreu grande alteração com o tempo.

Um primeiro aviso que Rawls faz, logo no início de sua obra, é o fato de teorias utilitaristas terem dominado a filosofia moral recente, sendo que a razão para tal domínio seria o brilho dos escritores e defensores dessa forma de pensamento moral. Entretanto, é preciso lembrar que tais escritores, como os grandes utilitaristas Hume, Adam Smith, Bentham e Mill eram teóricos sociais e economistas e, por conseguinte, sua doutrina moral foi moldada para suprir suas necessidades e se encaixar em teorias políticas de grande abrangência. Em outras palavras, é preciso lembrar que o utilitarismo fazia parte de um projeto maior de teóricos sociais e economistas (RAWLS, 1971).

Visto isso, é necessário destacar que a forte propensão de Rawls à equidade pode ser vista quando ele afirma que a justiça é a primeira virtude de instituições sociais da mesma maneira que a verdade é a primeira virtude de sistemas de pensamento. Uma teoria que fosse bem elaborada, elegante e eficiente deveria ser rejeitada se não verdadeira da mesma maneira que um sistema de leis e instituições sociais, independentemente de quão eficiente, deveria ser descartado se injusto (RAWLS, 1971, p. 4).

Cada pessoa, na concepção de Rawls, tem uma inviolabilidade fundada na justiça a que nem mesmo o bem estar de toda a sociedade pode se opor. A visão fundada em direitos individuais de Rawls seria mais individualista que o utilitarismo, uma vez que o filósofo ainda defende que a justiça nega que a perda de liberdade possa ser considerada correta por um bem maior compartilhado por todos. Direitos individuais não estariam sujeitos à barganha política ou ao cálculo de interesses sociais (RAWLS, 1971, p. 4).

Martha Nussbaum (1997) segue Rawls nesse sentido. Os praticantes da AED baseiam suas idéias como maximização de riquezas/bem estar e se apresentam como libertários, comprometidos a dar à liberdade de escolha pessoal uma grande e forte prioridade. Entretanto, esse objetivos não são totalmente coerentes. Se a AED está comprometida a agregar funções de utilidade entre diversas pessoas e procurar maximizar o total (ou média) de utilidade esperada, é possível afirmar que o respeita a liberdades individuais em menor escala do que gostariam libertários e liberais. Se infringir liberdades civis como a liberdade de expressão, consciência, religião e etc. se tornar, de alguma forma, uma função que maximizará bem estar agregado, a AED estaria, ou deveria estar (para manter coerência), comprometida com infração desses valores.

Além disso, a idéia contratualista da posição original em situação de equidade de Rawls oferece uma crítica interessante ao utilitarismo: seria razoável esperar que uma pessoa na posição original, com o famoso véu da ignorância, escolhesse o utilitarismo? A resposta é não, pois se uma pessoa nessa posição de equidade e procurando proteger interesses individuais (uma vez que não sabe onde será alocado na sociedade) não escolheria um princípio que requer sacrifícios individuais em favor de uma soma de bem estar da sociedade. Em não se tratando de um santo, disposto a sacrifícios de seu bem-estar para vantagem social, dificilmente um ser humano racional escolheria a soma algébrica de vantagens da sociedade sob risco de direitos individuais. Isso significa que o princípio da utilidade seria incompatível com uma concepção cooperativa de sociedade entre iguais para vantagem mútua (RAWLS, 1971, p. 14).

Outra questão que merece destaque e será retomada na crítica de Ronald Dworkin à AED é a personificação da sociedade por parte do utilitarismo. Para melhor entender essa questão é necessário explicar que o utilitarismo atacado por Rawls foi por ele definido, com base na formulação de Sidgwick, como a idéia de que uma sociedade estará corretamente ordenada e, portanto será justa, quando suas instituições estiverem organizadas de forma a alcançar o maior resultado líquido de satisfação de todos os indivíduos que pertençam a essa sociedade. É simples observar o forte apelo racionalista do utilitarismo, pois se cada pessoa tem a liberdade de buscar a maximização de seus próprios interesses porque não aplicar o mesmo sistema individual ao grupo de pessoas que forma a sociedade? Da mesma forma que o bem estar de uma pessoa é o somatório da satisfação de preferências dessa pessoa, o bem estar social seria o somatório das funções de satisfação de cada um dos indivíduos que compõem essa sociedade. A associação de seres humanos é vista como uma extensão do

princípio de escolha de uma pessoa. De acordo com Rawls, o utilitarismo não leva à sério a distinção entre pessoas (RAWLS, 1971, pp. 22-27).

Essa é uma forte crítica ao utilitarismo, pois da mesma forma que um dos seus grandes apelos é a aplicação de métodos quantitativos para agregar funções de preferência individuais (como visto no tópico dedicado a Griffin) outro apelo fundamental do utilitarismo sempre foi a idéia de que ele avança interesses individuais. Nesse sentido, é possível dizer não apenas que o utilitarismo não levaria à sério a distinção entre pessoas, personificaria a sociedade, como também não levaria à sério direitos individuais (RAWLS, 1971, p. 29).

4.1.6. *Derek Parfit e o consequencialismo como teoria “auto-destrutiva” (self-defeating)*

A análise que Parfit faz do consequencialismo tenta demonstrar – diferentemente de Rawls que examina o utilitarismo sob um prisma contratualista – que essa teoria traria resultados adversos se aplicada corretamente. E, tendo em vista que o núcleo do consequencialismo é ter os melhores resultados possíveis, a teoria seria “auto-destrutiva”.

De acordo com Parfit, o consequencialismo (C) pode ser resumido em algumas premissas:

(C1) Existe um objetivo moral: que resultados sejam os melhores possíveis.

C se aplica a tudo e, se aplicado à ações, demandaria:

(C2) Que cada um de nós fizesse qualquer ato que levasse ao melhor resultado, e

(C3) Se alguém fizer algo que acredita que acarretará em um resultado pior, essa pessoa está agindo incorretamente (PARFIT, 1984, p. 24-25).

Dito isso, é preciso distinguir entre o objetivamente e subjetivamente correto/incorreto. Parfit usa o seguinte exemplo: um tratamento médico que é objetivamente correto é aquele que seria, de fato, o melhor para o paciente. Um tratamento que é subjetivamente correto é aquele que, dadas as circunstâncias e evidências médicas, seria o mais racional para o médico prescrever. Tal diferença, apesar de sutil, é de extrema importância uma vez que (i) nós não sabemos com certeza os efeitos de nossas ações e (ii) um médico deve ser culpado por prescrever um tratamento que provavelmente mataria seu

paciente mesmo que, de fato, ele o salve. Parfit, na sua análise, utiliza correto no sentido objetivo, mas errado no sentido subjetivo (*blameworthy*) (PARFIT, 1984, p. 24-25). E, nesse sentido:

(C4) Aquilo que devemos fazer é a ação por meio da qual o melhor resultado esperado será alcançado (PARFIT, 1984, p. 24-25).

Para se calcular o valor esperado de um ato basta multiplicar o valor desse resultado pela probabilidade desse resultado ocorrer e o mesmo é feito para um valor negativo. O valor de um resultado será, portanto, o somatório dos valores esperados positivos e negativos. Por exemplo, se o indivíduo X tem uma chance de $\frac{1}{4}$ de salvar 100 vidas se tomar o caminho Oeste e uma chance de $\frac{3}{4}$ de salvar 20 vidas pela mesma rota o valor esperado dessa ação será $100 \times \frac{1}{4} + 20 \times \frac{3}{4}$, ou $25 + 15 = 40$. Suponhamos que se esse indivíduo tomar o rumo Leste ele terá 100% de chance de salvar 30 vidas, assim o valor esperado dessa rota será $30 \times 1 = 30$. De acordo com (C4), o indivíduo deve ir para o Oeste uma vez que o valor esperado dessa rota é maior que o valor esperado do Leste (PARFIT, 1984, p. 24-25).

Com o breve exemplo de Parfit, é possível observar que existe a possibilidade que a teoria consequencialista seja “auto destrutiva”. Essa crítica de Parfit, apesar de merecer destaque, pode não ser totalmente válida, pois o consequencialismo, admita-se, introduz a idéia de valor esperado apenas porque seres humanos vivem em um mundo de incertezas. Assim, Parfit pode ter comparado uma opção certa com uma incerta.

4.2. Críticas diretas à AED

As críticas direcionadas diretamente à AED são: (i) seria a riqueza um valor?, (ii) críticas de Arthur Less, (iii) reducionismo e (iv) *homo economicus versus homo sapiens*.

Antes de falar pormenorizadamente sobre as críticas acima listadas, existem duas questões que já foram mencionadas no texto, mas que pela importância devem ser tratadas nesta seção.

A primeira é a idéia que a economia, e por conseqüência a AED, seria uma teoria “auto realizável” (*self fulfilling theory*). Como visto em capítulo anterior, uma teoria “auto realizável” é aquela que descreve ou prevê um acontecimento que foi causado ou será causado

pela própria teoria. Algo como acordar pela manhã e dizer “hoje terei um dia péssimo” e essa predisposição alterar a forma como você encara os obstáculos no decorrer do dia, no fim, provavelmente, você terá tido, de fato, um péssimo dia.

O exemplo utilizado da Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago e a influência que o modelo matemático de previsão de valor de opções de Black-Schole (Myron Scholes ganhou o prêmio Nobel de economia em 1997 por esse modelo, Fischer Black havia falecido) é elucidativo, pois o estudo de MacKenzie e Millo demonstrou que foi a partir da utilização desse modelo matemático pela Bolsa de Chicago que o modelo passou a ter uma percentagem maior de acerto e, conseqüentemente, poder de previsão.

O segundo exemplo utilizado também deixa clara a idéia de uma teoria “auto realizável”, uma vez que mostra que os ensinamentos econômicos que são aprendidos por estudantes de administração e economia acabam por influenciar a visão de mundo dessas pessoas e, com isso, o poder de previsão da ciência econômica se torna mais forte à medida que a proficiência em economia das pessoas aumenta. Seria possível afirmar, obviamente de forma jocosa, que se todos fossem treinados em economia, o ciência jurídica, com a AED, seria capaz de prever com alto grau de precisão o comportamento das pessoas.

A segunda é o fato de a AED não ser (nem pretender, admita-se) uma teoria do direito, mas apenas uma teoria sobre adjudicação. Como mencionado, a AED não se propõe a responder questões que filósofos do direito como Dworkin, Raz, Hart e Kelsen examinaram e debateram, e debatem, até hoje. Dentre todas as perguntas já mencionadas, a única que parece entreter os adeptos da AED é “como decidem (ou devem decidir) os juízes?”

Não é objeto desse trabalho dizer se a AED deveria ou não construir uma teoria do direito para fundamentar sua teoria da adjudicação, o que é objeto desse trabalho é apontar possível falhas ou questões que a AED deveria examinar para fortalecer sua teoria da adjudicação. Parece certo afirmar, contudo, que dentre as linhas gerais de teorias sobre a natureza do sistema jurídico, a AED estaria mais próxima do positivismo jurídico do que do direito natural.

Mas mesmo sendo apenas uma teoria de adjudicação a AED levanta questionamentos.

Teorias de adjudicação podem ser divididas em dois tipos básicos: aquelas que observam a estrutura do sistema jurídico específico e se perguntam que obrigações teriam

juízes e agentes públicos em geral dentro desse sistema. O segundo tipo tentaria organizar um sistema jurídico desde o início.²¹

Como deve ser aparente a essa altura do trabalho, a AED seria o primeiro tipo de teoria de adjudicação. Em sua origem (os Estados Unidos da América), ela toma por base o sistema jurídico anglo-saxão (chamado de “*common law*”) e tentar descrever ou prescrever como juízes se comportam ou deveriam se comportar e os efeitos de tais comportamentos no bem estar da sociedade.

Esse tipo de teoria de adjudicação tem limitações. A primeira delas é o fato de que o sistema jurídico analisado não consegue oferecer informações adequadas para que o analista selecione, com base no método da AED, a regra que maximizaria o bem estar da sociedade. O sistema jurídico analisa transações e conflitos no passado e o conjunto de conflitos jurídicos abrangidos por uma lei, por exemplo, é maior que o conjunto de conflitos jurídico que, de fato, vão parar no Poder Judiciário. Logo, juízes e analistas não tem informações suficientes para saber o resultado de uma regra com base no sistema no qual se encontram instalados. E, ademais, regras distintas geram transações e conflitos distintos, que vão ou não parar nas mãos do juiz.²²

Por fim, juízes são seres humanos (no sentido *homo sapiens* e não *homo economicus*) e, portanto, quando diante de um litígio terão habilidade limitada de cognição para analisar todo o universo de regras jurídicas que estão a sua disposição.

4.2.1. Ronald Dworkin: seria a riqueza um valor?

Ronald Dworkin divide com H.L.A. Hart o posto de filósofo mais conhecido e debatido da filosofia jurídica do eixo Estados Unidos da América – Reino Unido e se adicionarmos Hans Kelsen talvez seja possível afirmar que temos os filósofos jurídicos mais importantes dos últimos tempos (defensores do direito natural não foram esquecidos, mas não são tão debatidos atualmente). E, como não poderia deixar de ser, se a AED tem algo a dizer sobre o direito, Ronald Dworkin tem algo a dizer sobre a AED.

²¹ Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>. Acesso em 06/02/10.

²² Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>. Acesso em 06/02/10.

Em seu artigo “*Is wealth a value?*”, Dworkin apresenta uma extensa série de críticas à abordagem da AED e escolhe abordar com maior detalhe a versão normativa (uma crítica direcionada à Richard Posner), sendo que afirma que as críticas da versão normativa da AED são tão graves que minam até mesmo a versão descritiva (DWORKIN, 1980, p. 191).

De acordo com Dworkin, o conceito central da AED (de Richard Posner) é maximização de riqueza. Essa maximização é obtida quando bens e outros recursos são colocados nas mãos daqueles que mais os valorizam (definidos como aqueles que são dispostos e capazes de pagar mais em dinheiro, ou equivalente, pelo referido bem). Um indivíduo maximiza sua própria riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui ao obter algo por um valor inferior àquilo que estaria disposto a pagar pelo mesmo bem (DWORKIN, 1980, p. 191).

A primeira crítica de Dworkin, portanto, é que a maximização de riquezas seria cíclica. Há diferença entre o valor que uma pessoa estaria disposta a pagar por algo que ela não possui e o valor que ela estaria disposta a vender aquele mesmo objeto, se o possuísse. Dworkin chama esse fenômeno de “grama mais verde”. Se muitas pessoas estiverem nessa posição, então, uma transferência de A para B maximizaria riqueza social (se o valor que A está disposto a vender o objeto é menor que o valor que B estaria disposto a pagar), mas uma re-transferência de B para A do mesmo objeto maximizaria a riqueza social novamente e assim por diante (DWORKIN, 1980, p. 192).

A segunda crítica chama-se “dependência do caminho” (*path dependency*). Se uma pessoa tem a tendência de pedir mais dinheiro para vender algo que possui do que pagaria para obter esse objeto no primeiro momento (Dworkin usa o exemplo do ticket para um jogo de tênis em Wimbledon que o indivíduo conseguiu em uma loteria e estaria disposto a pagar, no máximo, 20 libras, mas não venderia por menos de 50 libras). Se várias pessoas estiverem nessa posição a distribuição final que alcançará a maximização de riqueza será diferente, mesmo com uma distribuição inicial de bens igual, a depender da ordem de transferências intermediárias que forem feitas (DWORKIN, 1980, p. 192).

A crítica central, entretanto, começa com a pergunta “porque a maximização de riqueza seria um objetivo que merece guiar decisões judiciais?” Não seria claro porque a maximização de riqueza seria um objetivo merecedor de destaque e, nos moldes de Rawls,

afirma que a AED cometeria o equívoco de personificar a sociedade. Dworkin apresenta três hipóteses:

- (i) riqueza social seria um componente do “valor social” (*social value*), algo que mereceria ser perseguido em si (há duas versões dessa hipótese: (a) riqueza social seria o único valor social e (b) a riqueza social seria um dos componentes do valor social);
- (ii) riqueza social poderia ser considerada um instrumento do valor social, ou seja, melhoramentos de riqueza não seriam valores em si, mas meios para obtenção de valores (também há versões dessa hipótese: (a) tais melhoramentos seriam diretamente responsáveis por outros melhoramentos, (b) tais melhoramentos não seriam diretamente responsáveis, mas proveriam o material para melhoras e (c) melhoramentos de riqueza social não seriam direta ou indiretamente responsáveis por melhoramentos sociais, mas uma segunda opção “*second best*”).
- (iii) riqueza social seria apenas um entre vários componentes do valor social, mas seria o objetivo das Cortes maximizar riqueza e outras partes do Governo tratariam de outros componentes (DWORKIN, 1980, pp. 194-195).

No tocante ao ponto “i”, se a maximização de riqueza social é um valor tem-se que provar que uma sociedade com mais riqueza está em melhor situação, apenas por esta razão, que uma sociedade com menos riqueza. Um exemplo: Derek, um rapaz pobre e doente que tem um livro e esse livro é um de seus poucos confortos, estaria disposto a vender tal livro por \$2 porque precisa de medicamentos e Amartya, um rapaz rico e feliz que pagaria \$3 pelo mesmo livro. Se um ditador fizesse a transferência de Derek para Amartya o total de utilidade da sociedade diminuiria, enquanto o total de riqueza aumentaria. Dworkin conclui com esse exercício que uma vez que riqueza social é separada de utilidade ela perde plausibilidade como um componente do valor (que dirá como o único valor), em outras palavras, um ganho em riqueza pode ser suplantado por perdas em utilidade ou justiça ou outro valor. Ou, nas palavras do próprio Dworkin: “[d]inheiro ou seu equivalente é útil na medida que permite alguém levar uma vida mais valiosa, bem sucedida, mais feliz ou mais moral. Qualquer um que considere o dinheiro mais do que isso é um feticista de pequenos papéis verdes.” (DWORKIN, 1980, pp. 200-201).

No que tange ao ponto “ii”, se dizemos que riqueza social seria um instrumento para obtenção de um valor terceiro seria preciso especificar que valor seria esse e a AED não faria isso. Posner, de acordo com Dworkin, tentou especificar tais valores como “direito

individuais” e outros valores “protestantes” (DWORKIN, 1980, p. 206). Dworkin utiliza outro exemplo: suponhamos que as pessoas tenham direito aos seus próprios corpos e, conseqüentemente, aos frutos de seu trabalho por qualquer razão moral independente e suponhamos também que maximização de riqueza seja instrumental porque uma sociedade que utilize essa ferramenta reconhecerá exatamente esse direito. Dworkin nos diz que se a AED defende que os direitos iniciais de alguém dependem do fato dessa pessoa estar disposta a pagar por esse direito se esse fosse atribuído a outra pessoa, isto significa que esse direito não pode ser derivado da AED, a não ser que já saibamos a quem esse direito pertencia inicialmente. Esse seria um problema de circularidade (DWORKIN, 1980, p. 208).

4.2.2. Arthur Less e Dom Quixote

Um dos críticos mais inusitados da AED foi o professor de Yale Arthur Less. Seu texto “*Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*”, de certa forma, consegue combinar um profundo exame dos pressupostos da AED com um estilo de escrita bastante diferente de textos acadêmicos tradicionais.

A primeira crítica que Less faz à AED pode ser denominada “visão de túnel” (“*tunnel vision*”), em outras palavras, uma limitação que a AED teria ao abordar todo e qualquer problema sob um único prisma: eficiência. Ao ler a obra de Richard Posner, Less se pergunta: “[o]nde vi isso antes? Em um primeiro olhar no sumário do livro, com sua incansável descrição de item por item [...] até o fim do livro eu senti um cheiro familiar.” (LESS, 1974, pp. 451-453).

Less, então, compara o livro de Posner, e por conseqüência a AED, à obras literárias com o Dom Quixote e Huckleberry Finn, uma vez que o herói da história se lança em um mundo de complexidade e, nesse mundo, aplica sempre sua visão particular. O mundo apresentaria uma série de problemas e cada um é resolvido com aquela visão de mundo e a cada vez que o herói supera um problema (digamos, questões de incentivos contratuais) ele passa para outro e aplica a mesma visão, repetidamente. O herói de Posner é a AED e no livro, de acordo com Less, assistimos a AED se lançar sobre o mundo do direito encontrando todos os vilões do pensamento jurídico que prendem a princesa eficiência por suas razões

egoístas. A AED, no livro de Posner (e, porque não, outros livros de AED) sempre vence no final (LESS, 1974, pp. 451-453).

Apesar da conotação cômica da crítica de Less, é importante perceber a seriedade do argumento. De fato, a AED propõe uma solução unitária para todos os problemas do direito e, como visto no capítulo dedicado ao imperialismo econômico, a economia propõe uma solução unitária para todos os problemas das ciências sociais.

Uma segunda crítica seria a circularidade da AED. O bem que deve ser buscado e maximizado pela sociedade, como já muitas vezes descrito no presente trabalho, é definido como aquilo que é, de fato, desejado (o conceito de desejo atual já criticado por Griffin). Entretanto, ao invés de uma descrição e análise empírica de valores e desejos humanos, a AED coloca um único elemento, extremamente limitado, “aquilo que pessoas querem”. Para entender melhor essa crítica é preciso lembrar que a AED parte das premissas que (i) o homem é um maximizador racional dos seus objetivos na vida, (ii) há relação entre oferta e demanda (quanto maior a demanda maior o preço e vice-versa), (iii) pessoas “auto interessadas” (*self interested*), o termo egoístas é por vezes usado mas não de forma adequada, reagem a mudanças em sua volta e os recursos escassos são alocados, se trocas são permitidas, para aqueles que mais os valoriza. Nesse sentido, uma vez que pessoas são “auto interessadas”, seu comportamento demonstra aquilo que valorizam e sua disposição de pagar por aquilo que valorizam mostra que são “auto interessadas”. Em outras palavras, tudo que as pessoas fazem para promover seu auto interesse é bom e o bem é determinado ao se examinar aquilo que as pessoas fazem (LESS, 1974, pp. 456-458).

Portanto, se o desejo humano se torna normativo (no sentido de que não pode ser criticado) e se o desejo humano torna-se idêntico aos atos humanos, então esses atos humanos não se tornam passíveis de crítica sob o ponto de vista da eficiência: não é à toa que o poder de previsão da economia é razoável (LESS, 1974, pp. 456-458).

4.2.3. Reduccionismo e o aspirador de pó

O defensores da AED afirmam que esse método mudou a forma pela qual o direito é pensado. Eles estão certos ao menos do ponto de vista anglo-saxão, pois a análise de custo e

benefício requer um pensamento diferente do tradicional raciocínio jurídico. Advogados e gestores públicos passaram a pensar na interrelação entre objetivos, resultados e a tentar reconhecer e modificar intuições que podem ser falsas (ZAMIR, 2008).

Entretanto, como foi possível observar no decorrer deste trabalho, a AED pode ter “comprado” a sofisticação acima mencionada a um alto custo. Um interessante estudo tentou conciliar as vantagens metodológicas da AED com o sentimento dos autores de que a avaliação de resultados deve ter um limite deontológico. Se os autores foram bem sucedidos ou não será objeto da presente análise, mas suas críticas a atual estrutura da AED são merecedoras de atenção e acrescentam um novo olhar sobre o tema.

Zamir e Medina partem do consequencialismo e dizem que este seria excessivamente permissivo. A idéia é próxima de Rawls quando este avisou que o utilitarismo não respeita direitos individuais. O consequencialismo exigiria que o bem social se sobrepujasse ao bem individual e, com isso, resultados intuitivamente indesejáveis seriam alcançados, como mentir, quebrar promessa e ferir pessoas para obter o bem social (ZAMIR, 2008).

Um exemplo clássico é aquele do médico consequencialista que seria obrigado a matar uma pessoa, retirar seus órgãos e salvar outras cinco pessoas. Ou a idéia de que seria permissível torturar prisioneiros de guerra para obter informações. O consequencialismo, nesse sentido, não faria distinção entre (i) ter a intenção de ferir uma pessoa e ferir uma pessoa sem a intenção fazê-lo, (ii) ferir uma pessoa como resultado imprevisto de salvar outras e usar uma pessoa como meio de salvar outras e (iii) ferir uma pessoa para prevenir que mal comparável ocorra a outras pessoas e ferir uma pessoa para aumentar o bem estar de outras pessoas (ZAMIR, 2008).

Além disso, o consequencialismo e a AED deixariam de lado aspecto distributivo, pois o bem estar social seria alcançado independentemente da distribuição de riquezas. Esse tipo de teoria, defendem os autores, dariam suporte a distribuições injustas de utilidade e riqueza. É óbvio que defensores da AED respondem dizendo, em primeiro lugar, que seria possível distribuir utilidade e riqueza por meio de um sistema tributário (por exemplo, com altos impostos para pessoas ricas e menores impostos para pessoas pobres). Mas essa é uma saída fácil, é o mesmo que dizer que a teoria se aplica a todo o direito, mas os objetivos do direito seriam estipulados pelo legislador que, por sua vez, seria livre para escolher tais objetivos sociais sem se preocupar unicamente com a eficiência.

Para escapar desse tipo de resposta autores como Louis Kaplow e Steven Shavell da Universidade de Harvard, no livro *Fairness versus Welfare* (Equidade versus Bem Estar), desenvolveram uma função de bem estar social que levaria em consideração preocupações por questões distributivas. Em outras palavras, sugariam com o “aspirador de pó da AED” questões distributivas e um “gosto por equidade” para dentro da teoria consequencialista (ZAMIR, 2008). Nas palavras de Kaplow e Shavell:

A concepção de bem estar individual da economia de bem estar [welfare economics] é abrangente. Ela reconhece não apenas os níveis individuais de conforto material dos indivíduos, mas também seu nível de satisfação estética, seus sentimentos por outras pessoas, e qualquer outra coisa que o indivíduo valorize, independentemente se tangível ou não. [...] A economia de bem estar, portanto, acomoda todos os fatores que são relevantes para o bem estar do indivíduo e sua distribuição. (KAPLOW, 2002, p. 4).

A idéia é simples: a economia busca a maximização da satisfação geral das preferências individuais sem julgar o conteúdo dessas preferências. Assim, se as pessoas tem preferências por equidade (como proibições per se contra mentiras e quebrar promessas), essas preferências poderiam ser incluídas na função utilidade e seriam levadas em consideração na análise custo e benefício (ZAMIR, 2008).

Sem mencionar as críticas de mensuração de tópicos anteriores, o que já seria um obstáculo razoável a essa idéia, há outros problemas com essa saída econômica. Conceitualmente, há diferença entre julgamentos morais dos indivíduos (“mentir é ruim”) e os efeitos que tal regra (“mentir é ruim”) teriam na sociedade. Seria a diferença fundamental entre julgamentos normativos e preferências individuais: julgamentos normativos estariam certos ou errados, enquanto preferências não são falseáveis (ZAMIR, 2008).

Agregar preferências e julgamentos morais poderia levar à rejeição do consequencialismo, pois um número suficiente de pessoas poderia rejeitar o consequencialismo.

O apelidado “aspirador de pó da AED” tenta remediar duas questões simultaneamente: (i) as críticas de que reduzir valores a riquezas é irreal, pois pessoas valorizam para muito além do dinheiro e (ii) a idéia de pluralismo de valores na sociedade (que leva a idéia de que não se deveria utilizar para decisões públicas noções de equidade independentes da análise de

resultados no bem estar humano). Tenta-se reduzir a moralidade (ou “gosto por equidade”) a algo interno ao ser humano, no caso, o seu “auto interesse”.

Entretanto, se a AED propõe princípios que guiarão ações humanas será necessário que tais princípios passem pelo teste proposto por Griffin da “necessidade de realismo psicológico” (*requirement of Psychological Realism*) (GRIFFIN, 1989, p. 127).

Há vários problemas com a redução de sentimentos morais proposta pela AED ao “auto interesse” do indivíduo. O problema é que tornar tais sentimentos morais internos ao ser humano não é um objetivo em si, a AED tem que demonstrar porque o “auto interesse” de um ser humano pode se tornar um elemento de autoridade sobre esse próprio ser humano, que dirá de outro ser humano (GRIFFIN, 1989, p. 127). Em outras palavras, se estamos agregando de forma plural desejos variados e sem qualquer restrição, qual é a autoridade que esses desejos tem sobre a própria pessoa que os tem? Quando agregarmos tais desejos para tomar decisões sociais, qual é a autoridade que tais desejos tem sobre outros seres humanos? A AED deveria explicar isso.

Uma última questão: a AED determina que devemos maximizar nosso bem estar e inclui nesse bem estar satisfação estética, amizade e, até mesmo, amor, mas será verdade que a maximização é a melhor opção para todos os tipos de valores? Prazer deve, *ceteris paribus*, ser maximizado e a dor minimizada. Entretanto, alguns valores não parecem ser do tipo que “quanto mais melhor”. O exemplo que Griffin usa é o de “ligações profundas de amor”. A idéia é que talvez para várias pessoas ter uma ligação profunda de amor é o valor mais procurado em sua vida e, provavelmente, seja preferível ter uma ligação como essa a 15. Se isso for verdade, seria preciso que a AED, e o consequencialismo, explicasse como essa questão pode ser sugada pelo aspirador de pó (GRIFFIN, 1989, p. 145-146).

4.2.4. *Homo economicus v. Homo sapiens*

A concepção do ser humano que a AED utiliza é proveniente da teoria econômica neoclássica e pode ser resumida da seguinte forma: seres humanos são (i) atores racionais (ii) que maximizam sua utilidade (iii) de um conjunto estável de preferências, (iv) obtidas por

meio do processamento ótimo de informações oriundas de uma variedade de mercados (JOLLS, 1998).

Como é possível observar, o *homo economicus* é um ator racional “auto interessado” (egoísta) que maximiza seu próprio conjunto de preferências estáveis no tempo. Uma visão como essa não poderia estar mais distante do *homo sapiens*.

Trata-se de uma visão, nas palavras de Robert Audi, instrumentalista de racionalidade. A concepção instrumentalista de ações racionais parte da premissa que a melhor maneira de avaliar se uma ação é racional ou não é considerar o que significa realizar os objetivos de uma pessoa de forma racional. Uma ação racional, portanto, seria aquela mais apropriada para atingir os fins que o agente busca. A visão instrumentalista poderia avaliar se o objetivo que o agente busca, em si, é racional, mas esse, como visto, não é o foco da economia ou da AED, ambas buscam adequar-se ao pluralismo da sociedade contemporânea (AUDI, 1990, p. 417).

Contudo, tal visão tem limitações. A primeira foi descrita pelo próprio Audi. Em uma visão instrumentalista de racionalidade, o interesse está nos casos em que o agente não apenas tem mais de um objetivo, mas uma visão específica de suas alternativas e as probabilidades de alcançar tais objetivos. Trata-se o exemplo já visto sobre maximização da utilidade esperada, ou seja, o agente avalia suas alternativas, o valor atribuído a cada uma delas e as multiplica pela probabilidade de alcançar cada uma; aquela que tiver o maior valor de utilidade esperada será a alternativa escolhida. Entretanto, essa simplificação utilizada por aqueles que defendem uma visão instrumentalista de racionalidade ignora um paradoxo (AUDI, 1990, p. 417).

Para melhor entender o paradoxo, um exemplo: um cirurgião tem dados estatísticos, que agregam anos de estudos e uma amostra considerável de pessoas, que demonstram que 90% dos pacientes com o problema X são curados e vivem normalmente, os outros 10%, contudo, não são curados e sua situação se agrava. Em se tratando de um caso de vida ou morte a escolha é simples: tratamento. Entretanto, quando não se usam exemplos extremos os problemas aparecem. Um cirurgião cauteloso (todos esperam que cirurgiões seja aversos a risco), sabendo que (i) dados estatísticos agregam informações de um grande número de pessoas e (ii) cada indivíduo é biologicamente diferente, sem se falar em história de vida, hábitos alimentares e etc., relutaria em dizer ao paciente específico que ele tem 90% de chance de cura, o cirurgião provavelmente utilizaria um intervalo, por exemplo, de 75% a 90% de chance de cura. O paradoxo, portanto, seria que quanto mais se sabe sobre as probabilidades, mais se reluta em utilizá-las (AUDI, 1990, p. 419).

Por óbvio, isso não quer dizer que tais estatísticas são inúteis, muito pelo contrário, sem elas o cirurgião sequer saberia o intervalo aproximado de probabilidade de cura. Entretanto, é preciso admitir que decisões humanas utilizam mais do que dados estatísticos.

Antes de adentrar as demais limitações é interessante notar o que um juiz de uma corte do estado norte americano de Delaware (conhecido por ser o estado onde todos os grandes litígios corporativos acontecem e, por consequência, tem juízes treinados em economia e finanças) afirmou sobre o *homo economicus*:

A lei de Delaware não deveria ser baseada em uma visão reducionista da natureza humana que simplifica motivações humanas da forma como noções sofisticadas do movimento da análise econômica do direito. *Homo sapiens* não é meramente o *homo economicus*. Podemos agradecer que existe uma variedade de motivações que influenciam o comportamento humano; nem todas são melhores que ganância ou avarice, pense em inveja, apenas para citar uma. Mas pense também em motivações como amor, amizade, coleguismo, pense naqueles entre nós que direcionam seu comportamento da melhor forma possível com base em um credo ou conjunto de valores morais [...] ²³

A segunda limitação que merece destaque pode ser denominada “relatividade de agência” (*agent relativity*). Apesar da denominação, a idéia é simples: a visão instrumentalista de racionalidade ignoraria sentimentos como de um pai para um filho, pois não é razoável obrigar um pai a doar dinheiro a caridade (o que geraria maior bem estar social) em detrimento de objetivo menos nobres de seu filho (ter um carro mais moderno, por exemplo). Teorias instrumentalistas teriam problemas para prever comportamentos humanos fundados em altruísmo (JOLLS, 1998). Tais teorias não conseguiriam prever o sacrifício e/ou risco que certas pessoas correram para salvar judeus do holocausto (NUSSBAUM, 1997).

Ademais, pessoas tem racionalidade limitada (*bounded rationality*) e força de vontade limitada (*bounded will power*). Tais fatos foram descritos por outras ciências sociais, com exceção da economia.²⁴ Chamar tais fatos de “limitações” já é interessante em si, pois apenas

²³ In *Re Oracle Corp. Derivative Litigation*, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003).

²⁴ A economia, admita-se, começa a tratar de problemas como esses no movimento chamado *Behavioral Law and Economics*, algo como Análise Econômica do Direito Behaviorista. Apesar de interessante, essa nova linha de AED demonstra a idéia de Lazear de que a economia tem a pretensão de unificar o pensamento (imperialismo econômico).

tomando como base a racionalidade instrumentalista é que faz sentido chamar essas questões de limites do ser humano. A existência de tais limitações faz com que o comportamento real das pessoas desvie do padrão previsto pela economia, sendo que a previsibilidade seria a grande vantagem da economia para o direito: prever como pessoas reagirão a mudanças jurídicas (JOLLS, 1998).

Racionalidade limitada significa que as habilidades cognitivas do ser humano não são, obviamente, infinitas. Temos capacidade computacional limitada e memória limitada. Para lidar com a capacidade computacional limitada, usamos “atalhos decisórios” como, por exemplo, estudos que mostram que seres humanos calculam a probabilidade de um acidente de carro acontecer com eles com base na proximidade temporal que um fato similar aconteceu com a própria pessoa ou com pessoas próximas (JOLLS, 1998).

A economia também não lida com escolhas das quais nos arrependemos, a não ser ao afirmar que tal fato seria um problema de informação. Escolhas feitas sob coerção, pressão social ou moldadas pelos limites impostos pela distribuição inicial de riquezas na sociedade também são exemplos (KELMAN, 1983).

Força de vontade limitada, por sua vez, demonstra que nem sempre seres humanos são capazes de maximizar sua utilidade no longo prazo. Os fumantes são um exemplo clássico: é muito difícil dizer, nesse século, que fumar não gera problemas sérios de saúde e, mesmo assim, pessoas que claramente preferem viver mais a fumar não conseguem se livrar do cigarro (JOLLS, 1998).

As simplificações necessárias para utilizar modelos econômicos para analisar comportamentos humanos em inúmeros cenários tem problemas complexos que devem ser analisados por aqueles interessados na AED. Distanciar-se de tais problemas é tornar um método que tem o objetivo de clarificar a ciência jurídica, obscuro. A visão instrumentalista pode acabar por mascarar com sofisticação analítica a complexidade do fenômeno social. Engolir todos esses problemas para dentro de preferências humanas, como visto no tópico dedicado ao “aspirador de pó da AED, também não é a resposta.

CONCLUSÃO

Espero pelo dia em que a participação da história na análise do dogma será muito pequena, e ao invés de pesquisa profunda nós gastaremos nossas energias no estudo das finalidades que buscamos e as razões para querer tais finalidades. Um passo em direção desse ideal me parece ser: que todo advogado deveria buscar o entendimento da economia.

(HOLMES, 1897)

Citar o ministro da Suprema Corte Norte Americana Oliver Wendell Holmes no fechamento de um texto que buscou apresentar as críticas e questões que a AED não tem se ocupado pode dar a impressão de que a conclusão será na direção de que tais discussões não tem peso. Nada mais distante da realidade.

Adeptos da AED citam o juiz Holmes, principalmente, por frases como a acima transcrita ou a mais conhecida “[p]ara o estudo racional do direito, o escriba pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia.” (HOLMES, 1897). Entretanto, a AED parece ter se esquecido da segunda metade do mesmo texto de Holmes (1897):

Existe um outro estudo que é, às vezes, subestimado por aqueles com mentes práticas e pelo qual eu gostaria de dizer algumas boas palavras [...] Falo do estudo daquilo que é chamado de filosofia do direito. A filosofia do direito, como a vejo, é simplesmente o direito na sua forma mais generalizada. Todo esforço de reduzir um caso a uma regra é um esforço de filosofia do direito. [...] Uma marca de um grande advogado é que ele vê a aplicação da regra em sua forma mais genérica.

[...]

Portanto, é necessário ter uma noção apurada do que se quer dizer com lei, direito, obrigação, malícia, intenção, negligência, propriedade, posse, e assim por diante. [...] É uma vantagem prática dominar Austin, e seus predecessores, Hobbes e Bentham, e seus valiosos sucessores, Holland e Pollock. (HOLMES, 1897) (grifo nosso)

O destaque que Holmes deu à filosofia é coerente com o objetivo do presente texto. Na introdução a proposta foi descobrir se a AED seria, de fato, um novo método para a descrição e prescrição de políticas públicas que afetam a sociedade. E, no decorrer do presente texto, se

espera que tenha ficado clara a contribuição da filosofia: transformar usuários competentes do conceito, da natureza e do método da AED em usuários que são capazes de observar os contornos da teoria de forma mais clara para que se possa avançar na discussão de ferramenta tão útil como a AED.

Manter a discussão como se encontrava, sem grande preocupação com as raízes e críticas filosóficas, colocava a AED em uma situação indesejável: em um debate obscuro e pobre. Nas palavras de Martha Nussbaum (1997):

Aristóteles acreditava que havia progresso conceitual em pensamento político. Pois, quando sentamos e separamos todos os argumentos bons e ruins que nossos predecessores apresentaram, nós aprendemos muito: ‘Algumas dessas coisas foram ditas por várias pessoas por um longo período de tempo, outras por poucas e distintas pessoas; é razoável supor que nenhuma delas tenha errado o alvo por completo, mas cada uma acertou um pouco ou até mesmo muitas das respostas.’ Ademais, nós também poderemos evitar erros. E, finalmente, nós poderemos progredir um pouco além deles.

[...]

A ciência não precisa ser pobre; na verdade, ela não deve ser pobre, se tem o propósito de entregar descrições apuradas, adequadas previsões e, talvez, recomendações normativas úteis. Mas a Análise Econômica do Direito está atualmente de certa forma empobrecida. Está empobrecida porque não procedeu da forma que Aristóteles recomenda, sentando com os argumentos de predecessores para ver o que pode ser aprendido de seus anos de trabalho. (NUSSBAUM, 1997) (grifo nosso)

Nesse sentido, apresentar a AED como o resultado de dois vetores (economia na direção das demais ciências sociais e o direito, anglo-saxão, na direção da economia) contribui para uma discussão melhor fundamentada da AED. Usuários da AED poderão perceber que a ciência econômica fez fortes movimentos de avanço na direção de outras ciências e que tal fato deve ser analisado de forma ponderada, para que a economia ao invés de tentar “unificar pensamento” e, assim, fundir tudo em método econômico, tente agregar pensamento à complexidade social. Os críticos da AED também poderão observar como o próprio direito abriu as portas para a economia na sua busca incessante por certeza.

Tentar definir, descrever, apresentar os objetivos e fundamentos econômicos e filosóficos da AED, espera-se, tenha contribuído para que o usuário da AED consiga observar que sua metodologia tem fortes raízes em um projeto naturalista de ciência e também em teorias morais consequencialistas. Uma vez reduzida da forma gasosa para a forma líquida (não arriscaria dizer que esse breve trabalho conseguiu transformar a AED na forma sólida), espera-se que o usuário da AED consiga debater as críticas já há muito tempo apresentadas a

seu método. E que o filósofo, com um melhor entendimento dos fundamentos e terminologia econômica, possa dedicar seu tempo à críticas mais substanciais.

As críticas, por oportuno, foram agregadas da melhor forma possível, mas são de natureza, origem e grau de força diferentes. A pretensão do trabalho foi demonstrar que (i) a metodologia da AED já foi objeto de críticas, antigas e novas e (ii) a aparente simplicidade que a redução de todo o fenômeno social a um cálculo de eficiência esconde várias complicações. O novo adepto da AED deve, sem sombra de dúvida, se familiarizar com todas essas discussões, combatê-las se necessário, mas não esquecer que seu método não é tão simples quanto aparenta.

Dito isso, a hipótese de que a AED não é algo novo para o mundo da filosofia (talvez sim para o mundo jurídico) se confirmou. Outras ciências, de fato, já testemunharam a entrada da economia em suas respectivas áreas de atuação ou, de forma mais genérica, já presenciaram a tentativa de um projeto naturalista. Como visto, os fundamentos filosóficos da AED, enraizados fortemente no consequencialismo e em visão instrumentalista de racionalidade, já foram objeto de exame da filosofia.

Por derradeiro, se espera que o presente trabalho tenha, de fato, contribuído para que usuários da AED ultrapassem a barreira do uso simples e competente da teoria e que não usuários tenham visto os contornos, vantagens e desvantagens da AED.

É importante lembrar que a maior contribuição que a AED pode fazer para sociedade é colocar, na mente de agentes públicos e da população em geral, três perguntas sempre que alguém propuser uma mudança: (i) quanto essa mudança vai custar, (ii) quem pagará e (iii) quem deve decidir essa questão de forma eficiente?

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo, Martin Claret, 2005.
- AUDI, Robert. **Rationality and valuation**. In: MOSER, Paul K. (org.). *Rationality in action: contemporary approaches*. New York: Cambridge university press, 1990.
- BECKER, Gary S. Nobel Lecture: **The economic way of looking at behavior**. *Journal of Political Economy*, v. 101, n. 03, p. 385-401, 1992.
- BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRION, Denis J. **Norms and values in law and economics**. Disponível em: < <http://encyclo.findlaw.com/0800book.pdf> >. Acesso 08. jan. 2010.
- CHUAH, Swee-Hoon. **Anthropology and Economic Imperialism: the battlefield of culture** (March 2006). NUBS Industrial Economics Division Working Paper. Disponível em: < SSRN: <http://ssrn.com/abstract=722401> >. Acesso em 10. Jan 2010.
- COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*. The University of Chicago Press, Vol. 3 (outubro de 1960), pp. 1-44.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Addison-Wesley, d. Boston, 5 ed., 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Is Wealth a Value?** *The Journal of Legal Studies*, 1980, v. 9, março, nº. 2, pp. 191-226.
- FERRARO, Fabrizio, PFEFFER, Jeffrey e SUTTON, Robert I. **Economics Language and Assumptions: How theories can become self-fulfilling** (Research Paper Series Paper nº. 1849. Julho 2003. Disponível em; < SSRN: <http://ssrn.com/abstract=521883> >. Acesso em 31 jan. 2010.
- FINE, Ben. **Economic Imperialism: a view from the periphery**. *Review of Radical Political Economics*, University of London, pp. 34-187, 2002. Disponível em: <http://rrp.sagepub.com/cgi/content/abstract/34/2/187> . Acesso em 24 jan. 2010.
- FISS, Owen M. **The Death of The Law?** *Cornell Law Review*, nº. 72, 1986.
- GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.
- GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006.
- GREMBI, Veronica. **The Imperialistic Aim of Economics: at the origin of the economic analysis of law**. Artigo publicado na Social Science Research Network. 21 de maio de 2007. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987771 >. Acesso em 18 jan. 2010.
- GRIFFIN, James. **Well-Being: its meaning, measurement, and moral importance**. New York, Oxford University Press, 1989.
- _____. **Value Judgement: improving our ethical beliefs**. New York, Oxford University Press, 1998.

- HOLLIS, Martin e NELL, Edward. **Rational Economic Man**: a philosophical critique of neo-classical economics. New York, Cambridge University Press, 1975.
- HOLMES, Oliver Wendell. **The path of the law**. Harvard Law Review, 1897, v. 10, p. 457.
- HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford, Clarendon press, 1978.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf. Acesso em 06.02.10.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, Harvard University, 2002.
- KELMAN, Mark G. **Misunderstanding social life: a critique of the core premises of law and economics**. Journal of Legal Education (1983). p. 274. Acesso em 18.01.2010.
- KEYNES, J.M. **The general theory of employment, interest and money**. Londres: Harcourt, Brace & World, 1965.
- KRONMAN, Anthony T. **The Lost Lawyer**: failing ideals of the legal profession. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.
- LAZEAR, Edward P. **Economic Imperialism**. The Quarterly Journal of Economics. V. 115, n°. 1, fev. 2000, pp. 99-146.
- LESS, Arthur Allen. **Economic Analysis of Law**: some realism about nominalism. Virginia Law Review, Vol. 60, n°. 3, mar., 1974, pp. 451-482.
- MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. . Acesso em: 18 set. 2008.
- MACKIE, J.L. **Ethics**: inventing right and wrong. New York, Penguin Books, 1990.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas Por Países Em Desenvolvimento**: uma contribuição jurídica à análise de custo-benefício. Dissertação de mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- New York Times, versão on line http://www.nytimes.com/2009/12/14/business/economy/14samuelson.html?_r=1 “Paul A. Samuelson, Economist, Dies at 94”. Acesso em 24.01.2010.
- NUSSBAUM, Martha C. **Flawed Foundations**: the philosophical critique of (a particular type of) economics. Chicago Law Review, 1197 1997.
- PARFIT, Derek. **Reasons and Persons**. Oxford, Clarendon Press, 1984.
- PARISI, Francesco. Positive, normative and functional schools in law and economics. European Journal of Law and Economics, Dezembro 2004, Vol. 18, n° 3. Disponível em: < http://ssrn.com/abstract_id=586641 >. Acesso em 20 nov. 2009.
- PAULINA, Iracy; DINIZ, Juliana. **Porque a adoção demora tanto no Brasil?** Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/news004.asp>>. Acesso em: 17.09.2008.
- PETTIT, Phillip. **Consequentialism**. In: SINGER, Peter (Org.). A companion to ethics. Cambridge, Blackwell, 1993.
- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York. Aspen Publishers, 2007.

- RAWLS, John. **A Theory Of Justice**: original edition. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. New York, Oxford University Press, 2002.
- _____. Two views of the Nature of The Theory of Law: a partial comparison. *Legal Theory* 4, Cambridge University Press, 1998, pp249-282.
- ROY, Subroto. **Philosophy of Economics**: on the scope of reason in economic inquiry. New York, Routledge, 1991.
- ROUTLEDGE Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London, Routledge.
- RUSSELL, Bertrand. **The Impact of Science on Society**. New York, Routledge, 2003.
- SEARLE, John R. **How to Derive "Ought" From "Is"**. *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 1 (Jan., 1964), pp. 43-58.
- SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- SIGELMAN, Lee e GOLDFARB, Robert S. **The Diffusion of Concepts from Economics to Political Science**: disciplinary dependency meets disciplinary imperialism 12 de março, 2008. Disponível em: < SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1115973> > . Acesso em 31 jan. 2010.
- SKINNER, Burrhus Frederic. **Walden II**: uma sociedade do futuro. São Paulo, EPU, 1978.
- STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> . Acesso em 28 jan. 2010.
- SWIFT, Jonathan. **A Modest Proposal**: for preventing the children of poor people in Ireland, from being a burden on their parents or country, and for making them beneficial to the publick. Disponível em: < <http://www.online-literature.com/swift/947/>>. Acesso em: 03 jun 2009.
- TALEB, Nassim. **The Black Swan**: the impact of the highly improbable. New York, Random House, 2007.
- USA. *In the Matter of BABY M*, Suprema Corte de Nova Jersey, 1988 (537 A.2d. 1227).
- VIEGA, Marla; VANDENBERGHE, Luc. **Behaviorismo**: reflexões acerca da sua epistemologia. *Revista Brasileira Teoria Comportamental Cognitiva*, v. 3, nº. 2, pp. 09-18, dez. 2001.
- ZAMIR, Eyal e MEDINA, Barak. **Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law**. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980766> Acesso em 18 jan. 2010.
- ZSOLNAI, Laszlo. **Ethics in the Economy**. Bern, Peter Lang, 2002.