



Análise econômica do direito e algumas contribuições

Economic analysis of law and some contributions

Aline Andrighetto

Bacharel em Direito e pós-graduada em Direito Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Mestranda em Direito e Multiculturalismo pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Erechim, RS-Brasil, e-mail: alineandrighetto@gmail.com

Resumo

A busca por maior conhecimento acerca da interdisciplinaridade no trato das questões jurídicas vem se mostrando necessária. As ações dos juízes, advogados e demais operadores do Direito, bem como das próprias partes dentro do processo e mesmo fora dele, têm reflexos econômicos que não devem ser ignorados. Por isso, busca-se de maneira teórica o entendimento sobre este ramo tão necessário aos estudos jurídicos. A análise econômica do Direito surge como teoria positiva, tendo por objeto os comportamentos integrantes, ou não, dos mercados econômicos, razão de sua relevância para a regulação. Iniciou-se a desmistificação da teoria, especialmente na forma da Escola de Chicago, por meio da contraposição entre eficiência e justiça, ficando para reflexões posteriores a análise mais específica dos referenciais de uma sociedade justa, segundo a formulação dos autores mais representativos da Filosofia moral atual.

Palavras-chave: Análise. Economia. Direito. Estudo.

Abstract

The search for greater knowledge of interdisciplinarity in dealing with legal issues is proving necessary. The actions of judges, lawyers and other operators in the law and the parties themselves in the process and even outside it have economic consequences that should not be ignored. Therefore, we seek to so theoretical understanding of this branch much needed legal studies. The economic analysis of law emerges as a positive theory, relating to the conduct members or not, economic markets, because of its relevance to the regulation. It began the demystification of the theory, especially in the form of the Chicago School, through the contrast between efficiency and justice, getting to the later reflections more specific analysis of references a just society, according to the formulation of the most representative authors of Moral Philosophy current.

Keywords: Analysis. Economy. Law. Study.

Introdução

Sob a perspectiva política existem teorias que englobam todas as contribuições que derivam daquelas desenvolvidas no campo da Filosofia moral e política por autores renomados, como Rawls, Nozick e Dworkin, cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.

A análise econômica do Direito apresenta características, como: a rejeição da visão que entende ser o Direito autônomo em relação às realidades sociais e, portanto, disciplina autônoma das demais ciências sociais; “a utilização das ideias e métodos de outras disciplinas na análise da realidade jurídica, quais sejam, respectivamente, a economia e a política, razão da interdisciplinaridade” (PACHECO, 1994, p.175); a reação ao convencionalismo ou tradicionalismo, concepção dominante até a década de 60, cuja tese fundamental é o anti-reducionismo à Filosofia, à Política, à Economia; a rejeição do raciocínio abstrato e a hostilidade em relação ao conhecimento e à ciência exatos para decidir, consoante as convenções jurídicas estabelecidas, sobre a interpretação, os precedentes e os direitos existentes, não conforme uma determinada concepção política ou normas da eficiência econômica.

Segundo Posner (2007, p. 473):

a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de “Direito e Economia”.

O movimento assume, nesse sentido, a tese do realismo no que se refere à crítica da jurisprudência tradicional e à desconstrução do pensamento legal clássico por meio do entendimento das normas como fatos (PACHECO, 1994, p. 178). A análise econômica do Direito pode ser interpretada como continuadora da tradição realista americana em sua crítica ao formalismo e na construção do conhecimento jurídico. Com efeito, o movimento ressuscita a ideia realista do Direito como ciência baseada na metodologia e na contribuição das ciências sociais (PACHECO, 1994, p. 205). Existem algumas considerações que devem ser feitas acerca da diferença entre a análise econômica do Direito e a Escola Crítica do Direito, ou *Critical Legal Studies*, as quais surgem da Filosofia social e trabalham a ideia de uma sociedade mais justa e igualitária.

Essas diferenças enumeram-se como: enquanto para a análise econômica do Direito os indivíduos são criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses em todos os âmbitos e facetas da vida, razão porque na perspectiva econômica o Direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes, para a Escola Crítica do Direito a conduta econômica racional depende de uma visão ideológica determinada que permita justificar e explicar as desvantagens e privilégios existentes como se fossem fruto da escolha racional privada. Por um lado, a Escola Crítica do Direito sustenta que o pensamento tradicional desempenha uma função ideológica que contribui para criar e legitimar as desigualdades econômicas e sociais e que as decisões jurídicas e a mesma teoria jurídica tradicional são indeterminadas, não existindo base objetiva que as justifique, razão porque a neutralidade é um mito. Por outro, a análise econômica do Direito reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo, mas diferentemente da Escola Crítica do Direito sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximiza-

ção da riqueza podem ser usados pelos juízes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa. Mais ainda, “que existe uma racionalidade subjacente à Common Law baseada no princípio da eficiência econômica” (PACHECO, 1994, p. 176-177).

O movimento tem como característica a aplicação da teoria econômica na explicação do Direito, especificamente pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século – a economia do bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas (PACHECO, 1994, p. 27).

Análise econômica do direito

Há uma proposta de estudo interdisciplinar que implica na rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação de Langdell. Ela retoma os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente mediante aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal (POSNER, 1998). Implica, também, em erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica, superando os limites do formalismo e estabelecendo um novo tipo de relação, implicando que a interpretação e a avaliação de uma norma se realizam desde os pressupostos da teoria econômica; e que a racionalidade adotada pelas normas e pelo sistema jurídico em seu conjunto é do tipo econômico (PACHECO, 1994, p. 34).

Implica, ainda, em colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas (PACHECO, 1994, p. 34), bem como a tentativa de reconstrução do discurso jurídico mediante uma linguagem tecnocrática: porque os destinatários desse discurso não são os indivíduos e/ou grupos, mas os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do Direito. A utilização das técnicas de análise custo-benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias

econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso porque o Direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico e progressista (PACHECO, 1994, p. 263). Por fim, a proposta implica no instrumentalismo pragmático, cujas principais características são: 1) uma concepção essencialmente instrumental do Direito entendido como *o conjunto de meios sociais*, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses sociais externos ao Direito, uma forma de tecnologia social complexa (PACHECO, 1994, p. 266); 2) uma teoria do Direito em que os juízes e operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do Direito; 3) uma visão otimista da potencial eficácia do Direito para mudar a sociedade; 4) uma teoria do valor de mercado caráter utilitarista porquanto o Direito existe para satisfazer necessidades ou interesses.

Consoante Summers (apud PACHECO, 1994, p. 267), a maioria desses teóricos considera que os valores e os objetivos das normas jurídicas devem derivar dos desejos e interesses reais da sociedade, quaisquer que sejam, num determinado momento. Desta forma, ao assumir a não comensurabilidade qualitativa das necessidades leva a postular a maximização do maior número de interesses ao menor custo, o que converge com as teses da análise econômica do Direito. A concepção realista é o grande mecanismo para implementar as transformações demandadas pela sociedade americana: do modelo do *laissez faire* da Common Law para o bem-estar e intervencionismo do New Deal, o sistema jurídico transforma-se num processo politicamente orientado à busca do interesse público geral, à maximização dos interesses do maior número pela legislação e à re-interpretação das doutrinas da Common Law à luz dos novos valores instaurados.

Spector (2003, p. 9) menciona que a análise econômica do Direito proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si. É premissa fundamental do modelo que os indivíduos sejam agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas. O modelo também assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e

inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas. Segundo o autor, “o paradigma econômico do direito comparte com o utilitarismo a proposição de que o direito pode atribuir benefícios e sanções entre os diferentes indivíduos de modo tal que se maximize o bem-estar geral”.

A análise econômica do Direito começou a produzir explicações numa gama variada de campos jurídicos que passaram a concorrer com os fundamentos tradicionais da Common Law e, fundamentalmente, com a ideia assentada de que a razão do Direito é fazer justiça. Em suas formulações iniciais, o paradigma econômico inclinava-se por ver o Direito como um facilitador do funcionamento dos mercados livres ou como solução de suas anomalias (SPECTOR, 2003, p. 12).

Análise econômica do direito na perspectiva de Posner

Na perspectiva de Posner, a novidade da análise econômica do Direito está na sua aplicação às normas reguladoras da conduta, seja tanto pertinente a mercados explícitos como não integrante deles (PACHECO, 1994, p. 68-69).

A esse respeito, Posner (1998, p. 66-67) afirma que a análise econômica do Direito possui dois ramos: o primeiro originário de Adam Smith, e que tem por objeto as leis que regulam os mercados explícitos, desenvolvido com o amadurecimento da economia como ciência e a expansão da regulação governamental do mercado; e o segundo resultante do trabalho de Jeremy Bentham, que tem por objeto as leis que regulam comportamento alheio ao mercado. Bentham foi um dos primeiros e, até há pouco tempo, um dos poucos pensadores que acreditou que as pessoas agiam como maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida, afirmando “que o modelo econômico, que para alguns é o desenvolvimento das implicações de assumir que as pessoas são maximizadoras racionais, era aplicável a todo tipo de atividade humana, ao invés de confinar-se a mercados explícitos”.

A análise econômica do Direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os seus efeitos na consecução de resultados eficientes. Segundo Posner (2007, p. 494):

Não se pode dizer que economia seja aquilo que os economistas praticam, porque muitos não economistas praticam economia – ou se tornam economistas ao praticá-la. Não se pode, ao menos quando se tenta ser preciso no falar, chamar a economia de “ciência da escolha racional”. Existem teorias de escolha racional que não se assemelham à economia, ou porque pressupõem preferências instáveis, que alteram muitos dos prognósticos da economia, ou porque pressupõem uma pluralidade de agentes racionais dentro de cada ser humano – por exemplo, um ego impulsivo e um ego que se volta para o futuro.

Uma teoria preditiva e explicativa é possível por dois motivos: em primeiro lugar porque o Direito influi no comportamento dos indivíduos; e, em segundo porque esta influência é de natureza econômica. O Direito interfere nos comportamentos porque fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação são o preço de conduzir-se de determinada forma, fixando o Direito na medida em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade (PACHECO, 1994, p. 39).

Direito positivo

Da mesma forma que a economia, o estudo do Direito, desde a perspectiva econômica, admite o enfoque descritivo ou explicativo e normativo. Noutros termos, Posner (1998) utiliza a análise econômica para explicar o que foi e o que deve ser o Direito. Em outras palavras, como a sociedade pode controlar de forma ótima o nível dos acidentes adotando normas institucionais baseadas em critérios econômicos. A este respeito, Posner (1998, p. 69) afirma que “a distinção entre positivo e normativo, entre explicar o mundo como é e tratar de transformá-lo para torná-lo melhor, é básica para entender a análise econômica do Direito”. Segundo o autor:

Duas críticas à teoria positiva são fundamentais. A primeira diz que o modelo econômico do comportamento humano está errado, e que a ciência econômica é uma impostura. A segunda diz que o estudo apropriado da economia é uma atividade mais de mercado do que independente do mercado, sendo esta última a categoria que inclui o crime, a decisão

judicial e outras preocupações características do sistema jurídico. (POSNER, 2007, p. 487).

Outra distinção relacionada está entre o estudo dos comportamentos regulado e regulatório. O economista pode estudar uma atividade regulada pelo sistema legal ou pode estudar a atividade regulatória do sistema, vale dizer, a própria estrutura do sistema (POSNER, 1998, p. 69-72).

A teoria de Posner (1998) se desdobra em duas direções: a primeira, a teoria econômica do impacto legal, onde se analisam os efeitos das normas desde o ponto de vista econômico, aplicando a teoria econômica e econometria para especificar e quantificar os efeitos das normas, os custos que acarreta e os efeitos produzidos no mercado. Como resultado, introduz-se no processo de tomada de decisões um enfoque consequencialista (PACHECO, 1994, p. 47).

Algumas críticas podem ser referidas ao tema. Küng (2000, p. 279) fala a respeito dos desafios de um novo conceito de política econômica quando formula as diretrizes de uma ética global a partir do princípio e da convicção resultantes dos movimentos emancipadores de que não se está disposto a permitir que os seres humanos sejam tratados como se fossem mercadoria, ressaltando que há clara consciência de que sua dignidade, seus direitos e deveres devem ser determinados mediante um novo consenso social. Neste sentido, sob o aspecto político, a proposta seria uma economia ecológico-social de mercado com fundamento ético, de caráter puramente instrumental e não autônomo.

A política deveria ser, portanto, não só mercantil, justa e adequada, mas também ponderada sob todos os aspectos para que possa levar em consideração os interesses das pessoas afetadas de modo que também os mecanismos de mercado se regessem por valores e critérios políticos e éticos. Küng (2000, p. 281-283) ressalta que uma economia global de mercado exige uma ética global que questiona o imperialismo econômico que submete a complexidade das dimensões da sociedade à racionalidade econômica, razão porque a economia requer um acompanhamento político que se ocupe de subordinar os resultados econômicos a objetivos humanos e sociais. “Uma ética domesticada e desvirtuada abdica de seus autênticos valores e normas, fica reduzida à mera função de álibi e se converte em ineficiente”, enquanto uma economia

de mercado total implica consequências desastrosas para a ética (KÜNG, 2000, p. 286). Esse autor destaca a primazia da ética em face da política e economia com base no princípio de que

[...] os interesses, os imperativos e os cálculos da racionalidade econômica de forma alguma podem atropelar as exigências fundamentais da razão ética baseado no pressuposto de que na economia mundial globalizada não deve imperar um darwinismo social em que sobrevive o mais forte, não podendo sacrificar-se a dignidade humana em nome da liberdade econômica. Para neutralizar a crescente economização da vida é indispensável uma reflexão crítica dos fundamentos que questionem as premissas normativas das posições econômicas, o que implica em considerar que economia e Estado existem em função do homem, razão porque as instituições estatais e econômicas não só deverão ser expressão do poder, mas deverão responder sempre à dignidade do homem, o que implica na primazia da ética em relação à economia e à política que deverão subordinar-se à humanidade do homem e a regras éticas da humanidade. (KÜNG, 2000, p. 288-289)

Os imperativos da realidade não podem ser assumidos como naturais, mas devem questionar criticamente as normatividades internas que costumam conduzir a situações de conflito ético. Estas não devem ser respeitadas como leis naturais imutáveis, mas sim consideradas como mecanismos de mercado perfeitamente mutáveis que devem ser corrigidos politicamente mediante reformas do marco condicionante. E, ainda, a força normativa do fático tampouco deverá ser referendada no âmbito da economia por meio do reconhecimento das relações de poder vigentes, sendo regulado pelas normas institucionais de controle do poder corporativo, pela transformação das estruturas de poder e pela ordenação social global do poder e da ética (KÜNG, 2000, p. 290).

O autor menciona as características básicas de um novo paradigma de ética econômica, dado que a economia realizou um câmbio de paradigma para uma economia mundial que se vê obrigada a adaptar-se racionalmente aos condicionamentos globais. Com isso torna-se necessário um novo paradigma de ética econômica que una a racionalidade econômica e a orientação ética fundamental com as seguintes constantes e variáveis: a) distinção entre política e economia; b) entre ideais e

realidades, uma vez que as normas éticas da economia não são soluções fixas transcendentais nem podem deduzir-se da natureza essencial do homem, mas surgiram historicamente com base em determinadas exigências, prioridades e necessidades vitais; e c) resulta da simplificação ingênua reduzir toda a problemática da economia e moral à alternativa ganho ou sentimento.

Uma ética da eficácia sem princípios, embora recomendada por consultores, não é uma ética, mas uma técnica. Não é válida, portanto, para um ordenamento econômico mundial, a ética do êxito dos economistas realistas para quem o ganho justifica todos os meios. Aqui a aspiração justificada do ganho eleva-se à categoria de um dogmático princípio da ganância ou, inclusive, do princípio da maximização da ganância (KÜNG, 2000).

Críticas interdisciplinares

Pacheco (1994) destaca que o caráter interdisciplinar deve ser reconsiderado porque a análise econômica do Direito é considerada mais do que uma colaboração, ela converte a teoria econômica no único conhecimento relevante no estudo do Direito. Ao assumir dogmas fundamentais, o sistema de mercado, como o modelo de decisão ótima, e a eficiência econômica, como único valor social, converte-se em princípio de explicação e justificação última de toda decisão, razão porque esta mediação normativa da economia reduz a análise da questão jurídica a critérios exclusivamente econômicos. Resulta daí a transformação e a reformulação da função do Direito, constituindo o sistema jurídico em instrumento que produz e reproduz uma racionalidade material do tipo econômico, porquanto Direito e mercado traduzem a mesma lógica, que é a da maximização da riqueza.

Existem críticas à priorização da eficiência na análise econômica do Direito, sustentando, em primeiro lugar, que a lei não deve ser uma variável instrumental desenhada para maximizar a riqueza. Em segundo lugar que, dado seu caráter técnico racional, as decisões econômicas não deveriam confiar-se aos juízes porque carecem de treinamento e informação adequada, mas em uma teoria normativa.

Na teoria normativa questionam-se as razões quanto ao fato de o Direito produzir sempre, ou geralmente, um resultado eficiente e como uma sentença pode ser eficiente se, às vezes, o juiz não conhece o con-

ceito nem pensou em eficiência. Posner (1998) rebate tais questionamentos, alegando que em nada afetam sua opção positiva não normativa. Na teoria descritiva, o critério da eficiência e a análise das explicações atacam a posição de Posner, especialmente sua proposta mais recente das explicações razoáveis. Na percepção do autor, a única atitude razoável que podem tomar os juízes é estabelecer regras que maximizem a dimensão do bolo econômico, deixando que a repartição seja atribuição da gestão legislativa e executiva.

As explicações que enfatizam os incentivos dos juízes equivocam-se quanto ao fato, exasperante para um economista, de que o processo judicial se destina a remover os principais incentivos que os economistas usam para prever comportamentos. As condições da atuação judicial têm por finalidade tornar o juiz indiferente, do ponto de vista de seu interesse pecuniário pessoal, ao modo como ele decide. O interesse pecuniário pessoal não esgota o conceito econômico de interesse pessoal. (POSNER, 2007, p. 499).

Há de se mencionar que uma pessoa razoável esteja socializada conforme as normas e convenções de uma comunidade, de modo que seus fins sejam congruentes com os valores compartilhados, e sua busca corresponda às normas do grupo, razão pela qual se fala em eficiência. O conceito de eficiência social é fundamental na teoria econômica. Para avaliar a justiça das instituições, o utilitarismo propôs a máxima “maior felicidade para o maior número possível”, o que projeta uma ética teleológica e consagra a lógica dos resultados. Para superar os problemas do utilitarismo, resultantes da falta de proteção das minorias e da justificação, inclusive da escravidão, caso a mesma produza maior felicidade, alguns economistas passaram a adotar como critério de aferição da eficiência o princípio denominado “ótimo de Pareto”, que “é um critério individualista que exige unanimidade para a escolha de procedimentos de decisão social” (CASAMIGLIA, 1987, p. 273). Uma decisão é ótima, segundo o princípio de Pareto, se não existir outra situação diferente que se prefira unanimemente, o que implica que devem rejeitar-se todas as situações declaradas unanimemente como piores.

O “ótimo de Pareto” é um critério para aferir a eficiência social. Não se trata de um critério de justiça, mas a doutrina econômica inferiu

a moralidade do mercado sempre que verificada a eficiência, razão porque nas condições ideais os mercados são competitivos e, consequentemente, são eficientes: a concorrência garantindo a eficiência, ou a eficiência garantindo a competitividade e a concorrência.

A este respeito, acrescenta Casamiglia (1987, p. 273): “muitos economistas consideram que desde o ponto de vista econômico, o único requisito exigível de um sistema é sua eficiência e toda questão moral carece de sentido”.

O autor ainda traz a expressão de Posner a respeito, para quem “a eficiência é um adequado conceito de justiça”, cuja postura é desqualificada pelo autor, atitude sustentada pelo fato de que existe uma literatura preocupada com o tema das relações entre eficiência e equidade e porque existem situações em que as decisões eficientes não podem ser aplicadas por questões de equidade. O autor justifica que “a eficiência é o valor por excelência de um sistema econômico”. Todavia, embora possam existir situações em que eficiência e justiça não se oponham, a regra é que “existe uma relação inversa entre equidade e eficiência”, o que não implica “que toda teoria econômica esteja a favor do princípio da eficiência, nem que seja sempre desejável a solução eficiente” (CASAMIGLIA, 1987, p. 270).

Dworkin (2000) expressa o conceito e as implicações da eficiência, formulando a indagação de que a sua teoria implica que vale a pena buscar a riqueza social por alguma razão porque a riqueza é um valor por si (componente de valor) ou é instrumento (perante outra coisa que seja um componente social de valor). A alternativa implica contrapor eficiência e justiça e tratar de aferir se ambos são valores independentes por si e compatibilizá-los em caso de conflito (conciliação), ou se ambos são partes integrantes de um novo elemento, em cuja hipótese deve se encontrar o critério de relação. A conciliação é modelo de relação em que ambos os valores subsistem, mas não existe hierarquia e, consequentemente, a subsistência de ambos implica concessões (compatibilizações) segundo decisões conjunturais. A receita é modelo de relação, segundo a qual os elementos contrapostos são apenas parte integrante do surgimento de um terceiro, cujo modelo é construído e onde a prevalência também é conjuntural (DWORKIN, 2000). Como Calabresi (apud DWORKIN, 2000) refere uma troca ou combinação de riqueza e distribuição, Dworkin indaga se o significado da combinação é o modelo da

conciliação ou da receita. Calabresi afirma concordar com a ideia de que a riqueza social não é um componente do valor, enquanto Dworkin infere que, combinação certa pode querer referir-se a uma receita, não a uma conciliação, ou pode querer designar uma conciliação, mas não entre um padrão igualitário de distribuição e a riqueza como componente do valor, mas entre esse padrão e a riqueza como substituto de alguma outra coisa. Dworkin entende que Calabresi prioriza a distribuição igualitária ao afirmar que tem “a impressão de que ele quer dizer que uma distribuição mais igualitária é algo a ser valorizado por si só. Pode valer a penas, portanto, ter menos utilidade total como um todo para ter uma distribuição mais igualitária”.

Como a justiça diz respeito à distribuição, a igualdade constitui-se no critério aferidor da justiça. A propósito, adverte Dworkin (2000), nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas das nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica. Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos piore devido a essa escolha, mas também revela quais serão esses cidadãos.

A aferição da igualdade, por outro lado, é comparativa e sua dimensão ou conteúdo é complexo. Dworkin (1999) analisa a igualdade em relação ao bem-estar, aos recursos e à capacidade. Afirma que a igualdade de bem-estar está sujeita a interpretações diversas, só se tornando uma finalidade política concreta quando se especifica algum entendimento próprio do bem-estar. A igualdade de recursos também precisa de especificação, pois pode incluir apenas a riqueza da pessoa ou a riqueza juntamente com as qualidades pessoais de força, talento, caráter e aspiração ou todas juntas com suas oportunidades legais ou outros tipos de oportunidades. O autor propõe que a comunidade política deve ter como aspiração eliminar ou atenuar as diferenças entre as pessoas e seus recursos individuais, aspirando à melhoria da situação dos deficientes físicos ou incapazes de ter rendimentos satisfatórios, por exemplo, mas não deve aspirar à atenuação ou compensação de diferen-

ças em personalidade como diferenças resultantes de que os gostos de uns são mais dispendiosos do que os de outros. Ressalta que a “igualdade de bem-estar e a de recursos não esgotam as possibilidades pertinentes” e que a “igualdade de oportunidade ou de capacidade é preferível a ambas” (DWORKIN, 2005, p. 399).

Seu posicionamento é mais crítico em relação a Posner, a quem atribui um posicionamento de defesa da eficiência como valor em si, embora tenha mudado a estratégia da justificação. Com efeito, o autor defende que os órgãos do governo deveriam tomar decisões políticas de modo a maximizar a riqueza social, delimitando a afirmação em *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication* ao centrar o argumento nas razões porque os juízes do Common Law deveriam decidir os casos de modo a maximizar a riqueza, sob dois argumentos: a) pressupondo que todos ou quase todos aprovaram antecipadamente os princípios ou regras que aplicarão os juízes que buscam maximizar a riqueza; b) que a imposição desses princípios ou regras é do interesse de todos ou quase todos, inclusive dos que, com isso, perdem as ações judiciais. Estes dois argumentos são denominados de “consentimento”, pois introduzem supostamente à autonomia, e de “interesse universal” ou “relevância do bem-estar para a justiça”, o que implica em visão utilitarista. O autor ainda destaca que Posner sugere que os argumentos combinados mostram que a maximização da riqueza, pelo menos pelos juízes, provê o melhor dessas teorias tradicionais de moralidade política e evita seus famosos problemas. Dworkin (1999) rejeita a tese do princípio da eficiência como valor em si e a tese utilitarista, especialmente o utilitarismo teleológico, contestando o pensamento de Posner ao desenvolver o tema “A riqueza é um valor?”, limitando-se neste item a desqualificar os argumentos do consentimento e do interesse universal.

Considerações finais

O texto forneceu, em suma, informações e conceitos básicos sobre o movimento de análise econômica do Direito no contexto do pensamento jurídico norte-americano, suas conexões com o realismo e pragmatismo, situando-se, juntamente com o *Critical Legal Studies* como reação ao formalismo e convencionalismo. A análise econômica do Direito surge como teoria positiva, tendo por objeto os comportamentos

integrantes, ou não, dos mercados econômicos, razão de sua relevância para a regulação. Iniciou-se a desmistificação da teoria, especialmente na forma da Escola de Chicago, por meio da contraposição entre eficiência e justiça, ficando para reflexões posteriores a análise mais específica dos referenciais de uma sociedade justa, segundo a formulação dos autores mais representativos da Filosofia moral atual.

Referências

ALVAREZ, A. B. **Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações.** Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 20 de setembro 2011.

CASAMIGLIA, A. **Eficiencia y Derecho.** Doxa, nº 4, 1987.

DWORKIN, R. **O império do direito.** São Paul: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A virtude soberana. A teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KÜNG, H. **Una ética mundial para la Economía y la Política.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LAUDA, B. B. **A análise econômica do Direito: uma dimensão da crematística do Direito.** Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a3.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro 2011.

PACHECO, P. M. **El análisis económico del Derecho – una reconstrucción teórica.** Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, R. **El análisis económico del Derecho.** México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. **Problemas de filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SPECTOR, H. **Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de Derecho comparado.** Doxa, nº 26, 2003.

Recebido: 30/07/2012

Received: 07/30/2012

Aprovado: 01/04/2014

Approved: 04/01/2014