

ODISSEU OU HÉRCULES?

SOBRE O PRAGMATISMO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD A. POSNER

*Alonso Reis Freire**

Foi com imensa alegria que recebi o convite para participar do I Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito da PUC Minas Serro. Trata-se de uma boa oportunidade para discutirmos o pragmatismo no Direito e o movimento dele tributário, conhecido como “Direito e Economia”, que é uma forma abreviada de se referir àqueles cujo interesse é a Análise Econômica do Direito, sobretudo porque as obras de seu mais conhecido defensor, Richard A. Posner, começam a circular nas academias brasileiras após importantes traduções feitas por editoras brasileiras. Gostaria de agradecer ao meu amigo professor José Emílio Medauar Ommati, a quem dedico esta preleção, e a toda comissão organizadora deste congresso na pessoa da professora Paula Maria Nasser Cury.

Espero ter tempo para expor por completo a preleção que escrevi e que constará dos anais deste evento. Para isso, a delimitarei da seguinte forma. Desejo expor, em um primeiro momento (I) a ascensão do pragmatismo e a influência deste movimento no Direito explicitada no realismo jurídico norte-americano, bem como o declínio dessa corrente no início da segunda metade do século XX. Feito isso, (II) exporei a tentativa de Richard Posner de resgatar o pragmatismo na perspectiva teórica que ele denomina de “maximização da riqueza” e a de demonstrar que a Análise Econômica do Direito por ele defendida não é apenas um utilitarismo aplicado ao Direito. Em um terceiro momento, (III) demonstrarei, com base nos argumentos sustentados por Ronald Dworkin, que a Análise Econômica do Direito, como maximização de riqueza, não passa de um tipo peculiar de fetichismo, restando a

* Professor de Teoria do Direito da UFMA. Mestre em Direito pela UFMG. Dedico essa preleção ao querido colega Professor José Emílio Medauar Ommati.

Richard Posner apenas a defesa de uma visão antiteórica e pragmática órfã de qualquer fundamento.

I

Quando alguns estudiosos se dispõem a fazer um longo resgate histórico do pragmatismo, geralmente o fazem a partir da Literatura, partindo da obra *Odisseia*, de Homero¹. Robert Brandon, por exemplo, afirma que a razão no pragmatismo é a razão de Odisseu (ou Ulisses) e não a de Platão. Como se sabe, Odisseu é um personagem prático e adaptativo, instrumental e especulativo, não dado, portanto, à reflexão, mas ao agir prático. Da perspectiva da ética heroica, Odisseu é um pragmático. Platão, por sua vez, era dado à reflexão, buscava a verdade em questões morais, científicas e políticas. É dessa forma que devemos compreender a afirmação de que “[a] definição mais simples de pragmatismo é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo”².

O “tom pragmático”, como dizem os pragmatistas, começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e ganhou corpo posteriormente com o epicurismo. Não obstante seja possível encontrar na literatura filosófica afirmações de que Epicuro foi o precursor do pragmatismo, é mais comum encontrarmos a afirmação de que esse movimento filosófico surgiu apenas a partir dos trabalhos de Charles Sanders Peirce, a despeito de o próprio Peirce atribuir esse crédito a Nicholas St. John Green, jurista amigo seu³. Afirma-se também que os sectários de Pierce foram, na sequência, William James, John Dewey, George Mead e F. S. C. Schiller. Esse pragmatismo filosófico apresentou-se na história como um movimento de rejeição dos principais dualismos científicos oriundos do movimento iluminista, tais como: sujeito e

¹ A literatura sobre o tema é vasta. Alguns trabalhos, porém, merecem destaque. São eles: CHOW, Daniel C.K., A pragmatic model of law, *Washington law review*, vol. 65, 1992, pp. 775-825; FARBER, Daniel A. The inevitability of practical reason: statutes, formalism, and the rule of law, *Vanderbilt law review*, vol. 45, 1992, pp.533-559; FARBER, Daniel A. *Legal pragmatism and the constitution*, *Minnesota law review*, vol. 72, 1988, pp. 1331-1378; MORRISSEY, Daniel J. Pragmatism and the politics of meaning. *Drake law review*, vol. 43, 1995, pp.615-650. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2007; POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. POSNER, Richard A. The jurisprudence of skepticism, *Michigan law review*, vol. 86, 1998, pp.827-891.

² POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Forense: Rio de Janeiro, 2010, p.23.

³ LANCASTER, Robert. A note on Pierce, pragmatism, and jurisprudence. *Journal of Public Law*, vol. 7, n. 13, 1958.

objeto, mente e corpo, percepção e realidade, forma e substância etc. Como sabemos, os grandes teóricos dos séculos XVII e XVIII estavam encantados e persuadidos pela física newtoniana e pela infalibilidade da razão humana quando expressada em cálculos matemáticos. Sociólogos, filósofos e juristas acreditavam que os sistemas sociais também poderiam ter estrutura racional semelhante.

Os poetas e filósofos românticos desafiaram essa visão científica calcada unicamente na observação. O principal representante dessa Escola Romântica foi Ralph Waldo Emerson, cujos trabalhos literários e filosóficos influenciaram Pierce, na Filosofia e Oliver Wendell Holmes Jr., no Direito. A propósito, afirma-se que o equivalente europeu de Emerson teria sido Nietzsche. Ambos confrontavam a relação passiva e contemplativa entre o sujeito que observa e a realidade observada, seja ela natural ou social. Ambos aspiravam a que se passasse a considerar essa relação de um modo ativo e criativo, e viam o pensar como o exercício da vontade em função de um desejo. Ocorre, portanto, a partir de então, o deslocamento do vetor científico, que passa do descobrimento das leis eternas da natureza para a formulação de teorias movidas pelo desejo dos seres humanos de prever e controlar o entorno natural e social. Não há mais uma *busca* por verdades e realidades supremas. A verdade, para eles, não deveria ser considerada como algo que independe do observador. Dever-se-ia viver aceitando-se que as ideias e atos de qualquer pessoa somente são verdadeiros se servem à solução imediata de seus problemas como realização de seus desejos. Nesse caso, toma-se a verdade pelo o que é útil para algum propósito, e não como algo a ser conhecido. O pragmatismo, pois, surge como uma reação contra a metafísica e à compreensão da realidade por meio de categorias abstratas.

Com o realismo jurídico, ocorreu o triunfo do pragmatismo e do relativismo em geral no Direito. Os realistas encontraram apoio sobretudo no pragmatismo de William James e John Dewey, mas também na sociologia jurídica de Roscoe Pound⁴.

Muitas vezes confundido com a escola sociológica do Direito, sobre a qual ele se expandiu, o movimento realista norte-americano é conhecido, juntamente com aquela escola, por ter servido de base para o desenvolvimento de uma abordagem sociológica

⁴ Ver SAVARESE, Ralph J. American legal realism. *Houston law review*, vol. 03, 1966, pp.180-200.

do Direito em oposição a um formalismo, que estava há quase dois séculos no cerne do debate filosófico-jurídico. Na teoria do direito norte-americana, a expressão “formalismo jurídico” é empregada dentro de um sentido crítico de conotações negativas, sendo uma forma de positivismo. O formalismo jurídico que o realismo combateu, portanto, era aquele que considerava, como assunto tipicamente jurídico, não o resultado da regulação das relações sociais, quaisquer que eles sejam, mas a forma do próprio Direito, como modo de conhecimento das normas que deve ignorar os aspectos relevantes do que é regulado, a despeito das modificações e pleitos sociais.

Os fundadores da escola do “realismo jurídico” norte-americano foram bem mais “antiformalistas” que os expoentes da escola sociológica do Direito. A principal característica do realismo norte-americano está na atenção que seus sectários davam ao processo judicial, ou seja, ao que acontece efetivamente nos tribunais, e não ao que o Direito estabelecia por meio das leis. Como as normas jurídicas funcionam nos tribunais, não o que elas são no papel, é o tema da abordagem realista do Direito, que tem como seu primeiro grande expositor Oliver Wendell Holmes Jr. Em um ensaio já clássico, publicado em 1897, Holmes afirmou que para compreendermos o direito como ele era na realidade deveríamos adotar o ponto de vista de um malfeitor:

Tomemos a pergunta fundamental, o que constitui o direito? Alguns escritores dirão que ele é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra: que é um sistema de raciocínio, que é uma dedução feita a partir de princípios de ética, axiomas pressupostos ou sabe-se lá o quê, dedução essa que pode coincidir ou não com as decisões. Porém, se olharmos da perspectiva de nosso amigo, o malfeitor, veremos que ele quer realmente saber é o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra poderão de fato fazer.⁵

A corrente realista eclode concomitantemente com a instauração de um ensino universitário do direito por professores em tempo integral, pois, à época, a formação jurídica nos Estados Unidos era assegurada pelo ensino por práticos e não por acadêmicos. A última metade do século XIX testemunhou um movimento em prol de uma profunda transformação do Direito. Essa transformação tem início em 1870, quando Christopher Columbus Langdell se tornou diretor da Faculdade de Direito da

⁵ HOLMES Jr., Oliver Wendell. The path of the law, *Harvard law review*, vol. 10, p. 457.

Universidade de Harvard. A reforma educacional de Langdell baseava-se na ideia de que o Direito era uma ciência, o que tornava natural o pressuposto de que os advogados, antes práticos, deveriam passar por uma universidade antes de ocupar as tribunas. Esse novo ambiente acadêmico, portanto, fez com que o ensino passasse a ser uma indagação a respeito daquilo que poderia ser apresentado como Ciência do Direito, ou *jurisprudence*⁶. “O Direito, considerado como uma ciência” afirmava Langdell, “é um conjunto de princípios e doutrinas”⁷. O vigor e o fôlego que o pragmatismo havia ganhado juntamente com o triunfo das ciências experimentais sugeriram um modelo aos juristas realistas.

A sociologia norte-americana das primeiras décadas do século XX divide com o realismo jurídico norte-americano a preocupação com os efeitos sociais das tomadas de decisão e isto será uma característica fundamental daquilo que, posteriormente, foi denominado de “Direito e Sociedade” nos Estados Unidos.

Mas foi a partir da década de 1920 que essa visão reificante dos conceitos jurídicos, em oposição a uma compreensão instrumental do Direito, foi superada de fato pelo realismo jurídico. O realismo jurídico substituiu, portanto, o conceitualismo jurídico pelo pragmático. Quanto ao Direito, os realistas jurídicos consideram como pertinentes apenas uma pergunta: “o que deve fazer o juiz neste ou naquele caso?” E como sustenta Posner, quase tudo o que os realistas disseram e que é digno de nota pode ser encontrado nos ensaios de Oliver Wendell Holmes Jr. e de Benjamin N. Cardozo.

Os escritos de Oliver Wendell Holmes, Jr. foram as primeiras demonstrações de transposição das teses e concepções do pragmatismo filosófico para o Direito. Considerado, hoje, um realista jurídico, sua tese consiste em negar que o Direito possa ser compreendido por meio de um instrumental lógico formado por regras aplicáveis por mera subsunção. Quando se estuda o Direito, “[o] objeto de nosso estudo é, por conseguinte, uma predição, a predição da incidência do poder público através da

⁶ Sobre o assunto, ver sobretudo SPEZIALE, Marcia. Langdell's concept of law as science; the beginning of anti-formalismo in american legal theory, *Vermont law review*, vol. 5, n.01, 1980, pp. 1-38.

⁷ Idem, *apud*, p. 14.

instrumentalidade dos tribunais”⁸, dizia Holmes. Nesse sentido, o bom jurista é aquele que torna mais precisas as profecias acerca de como os juízes irão decidir os casos. “As profecias do que, de fato, farão os tribunais, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por direito”⁹, afirmava Holmes. Foi ele um crítico de Christopher Columbus Langdell, que pensava que o Direito, como a matemática e a física, referia-se a relações entre conceitos, e não relações entre estes e a realidade à qual são aplicados. “A vida do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência” também uma clássica passagem em escrito de Holmes que revela muito claramente seu pensamento e sua concepção sobre o Direito. Em sua opinião, era inegável, ou melhor, desejável que o Direito se modificasse para adaptar-se a mudanças de opinião e defendia que essas mudanças não poderiam ser obstruídas pelo cego respeito a princípios antes aceitos como frutos da razão humana, já que a razão é uma competência humana instrumental. O Direito e seus conceitos abstratos, portanto, não deveriam ser obstáculos à transformação social. Pelo contrário, o Direito deveria ser considerado um meio de transformação.

A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. As necessidades sentidas em cada época, a moral e as teorias políticas dominantes, as intuições da política pública expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com os seus concidadãos têm contado mais do que o silogismo na determinação das leis pelas quais os homens devem ser regidos. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação ao longo de muitos séculos e não pode ser tratado como se contivesse apenas os axiomas e as regras de um livro de matemática. Para sabermos o que ele é temos de saber o que ele foi e o que ele tem tendência a ser no futuro.¹⁰

Na geração seguinte do realismo e da teoria do direito norte-americanos, aparece Benjamin Cardozo, que fez uso do arcabouço teórico de Holmes na construção de ensaio clássico, considerado hoje uma clara exposição do pragmatismo no Direito que floresceu nas décadas de 1920 e 1930. John Dewey era o principal pragmatista quando o livro de Cardozo foi publicado, e foi exatamente a sua versão do pragmatismo que mais influenciou aquele ensaio. “A causa final do Direito”, diz

⁸ HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The path of the law*, *Harvard law review*, vol. 10, p. 457.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.* *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 01.

Benjamin Cardozo numa clássica afirmação, "é o bem-estar da sociedade". Cardozo, porém, não afirmava que os juízes possuem um poder discricionário para decidir conforme suas próprias convicções pessoais sobre o bem-estar da sociedade. Afirmava, sim, que os juízes deveriam fazer uso de um critério objetivo, mas objetivo em um sentido pragmático. "[O] que conta", dizia ele, "não é aquilo que acredito que é certo, mas aquilo que posso razoavelmente crer que outros homens de intelecto e consciência normais poderiam considerar razoavelmente como certo". Sendo assim, as normas jurídicas deveriam ser adaptadas a um fim. Aqui surge uma importante concepção instrumental do Direito. "O princípio último para os juízes [...] é o da adequação a um fim", dizia Cardozo. Contra os formalistas, que sustentavam que a validade de uma norma depende de uma fonte revestida de autoridade, replicava Cardozo que "a norma que funciona a contento produz reconhecimento". Ou seja, se uma norma e sua interpretação fossem adequadas à causa final do Direito elas obteriam o reconhecimento de seus destinatários, e isso é o que importava. Portanto, para Cardozo, a interpretação não deveria ser contemplativa, mas criativa, e é por essa razão que, para seu realismo, a mesma liberdade que possuem os juízes no *common law* têm eles na interpretação da legislação.

As normas jurídicas devem ser consideradas em termos instrumentais e, nesse sentido, o Direito deve ter seu olhar voltado para o futuro. "O principal não é a origem, mas a finalidade. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho, a menos que saibamos onde ele vai dar", afirmava Cardozo. O juiz não deveria ser apenas o intérprete dos conceitos jurídicos; "O juiz deve ter em mente a concepção teleológica de sua função". Então de onde mais ele deveria retirar o fundamento de suas decisões, uma vez que ele não deveria se basear apenas no Direito? "Posso apenas responder", dizia Cardozo, "que ele deve buscá-lo [...] na experiência, no estudo e na reflexão; em poucas palavras, na própria vida". Portanto, seria o juiz um criador.

Contudo, realistas como Holmes e Cardozo encontraram muitas dificuldades ao tentarem aplicar suas teses ao direito legislado¹¹. A concepção de Holmes do juiz como legislador intersticial causava muito incomodo entre os juristas da época por insinuar

¹¹ Ver SAVARESE, Ralph J. American legal realism. *Houston law review*, vol. 03, 1966, p.187.

que os juízes e os legisladores exerciam quase as mesmas funções, sempre guiados pelas mesmas metas, valores e funções. Se assim fosse, os juízes poderiam ser considerados auxiliares do legislativo, preenchendo as lacunas deixadas por estes. O processo legislativo, todavia, é muito mais suscetível a pressões de grupos de interesses¹². As leis não são aprovadas por meio de juízos imparciais. Resultam muitas vezes de trocas de interesses, e um juiz que a interpreta com base em suas concepções de interesse público está sujeito a entrar em conflito com o Poder Legislativo e isso não é bom para uma democracia.

O entusiasmo ingênuo que o realismo nutria pelo Estado o marcou como um movimento de caráter liberal, tornando-o uma escola de esquerda, e isso enfraqueceu a confiança que os juristas da época do seu alvorecer depositavam em suas teses. Contudo, a maior fraqueza do realismo jurídico, e que facilitou o seu declínio como concepção teórica a ser seguida, foi, sem dúvida alguma, a falta de método. Como afirma Posner, “os realistas sabiam o que fazer (pensar as coisas e não as palavras; sondar as consequências reais das doutrinas jurídicas e buscar o equilíbrio entre visões diferentes do interesse público), mas não como fazer”¹³.

Contudo, aqueles que analisam a ascensão e declínio do realismo jurídico norte-americano costumam, nesse ponto, defendê-lo afirmando que as ferramentas metodológicas da economia e de outras ciências afins encontravam-se insuficientemente desenvolvidas, de tal modo que isso tornava impossível o desenvolvimento de uma abordagem coerente do Direito voltada para a “engenharia social”. Por outro lado, costuma-se acusar o realismo jurídico de ser um movimento que pedia para a irresponsabilidade¹⁴.

A força do pragmatismo de John Dewey tinha enfraquecido no final da década de 1960. Nas duas décadas seguintes, o pragmatismo reaparece em sua versão contemporânea, representado por autores como Donald Davidson, Hilary Putnam e Richard Rorty, na filosofia, e Stanley Fish, na crítica literária. Não é adequado, porém,

¹² Esse argumento foi retirado de POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, p.415.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem., p. 416.

denominar esses pensadores de neopragmatistas, tendo em vista a profundidade das diferenças entre eles e os primeiros pragmatistas e a que é perceptível entre esses próprios novos autores.

Mais útil que tentar identificar e comparar escolas antigas e novas do pragmatismo é observar simplesmente que as qualidades do pragmatismo são mais bem percebidas hoje do que a trinta anos antes e que isso se deve ao fracasso das outras filosofias, como o positivismo lógico, em cumprir aquilo que prometeram, assim como a um crescente reconhecimento de que as qualidades dessas filosofias residem em características compartilhadas com o pragmatismo. Entre estas, estão a hostilidade à metafísica e a simpatia para com os métodos da ciência, por oposição a fé no poder da ciência de tomar o lugar da religião como definidora das verdades definitivas.¹⁵

O valor do pragmatismo talvez esteja na manutenção dos debates sobre os temas analisados e não no encerramento prematuro das discussões geradas sobre esses temas. Talvez esteja não na desconfiança, mas na permanente tentativa de incrementar o conhecimento e a compreensão de um objeto. Por isso, o processo de construção do entendimento está sempre aberto ao pragmatista. Contudo, o modo de analisar ou reanalisar a “verdade” acerca das consequências do sim e do não a serem dados como respostas a questões como o direito de privacidade, liberdade e igualdade são questões práticas e empíricas. Trata-se de saber quais seriam os danos causados pela liberação da pornografia, pelo uso de provas obtidas indevidamente, pela política de cotas raciais, por exemplo. Os pragmatistas não se importam com a discussão teórica acerca desses temas. Não se importam com o significado desses direitos nas práticas sociais e como o que esses direitos exigem em situações específicas, mas com as consequências derivadas das ações permitidas, proibidas ou impostas com base nesses direitos. “A realidade objetiva”, diz Posner, “não é a pedra de toque da ideia de objetividade pragmatista”¹⁶.

O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas devem ser respondidas mediante a investigação das relações entre conceitos e, portanto, sem necessidade mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática

¹⁵ Idem., p. 417.

¹⁶ Idem., p. 420.

quanto antiempírica. Nesse contexto, não se pergunta o que funciona, mas sim que regras e decisões formam vínculos em uma cadeia lógica que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade, como o texto da Constituição ou uma doutrina inquestionada do *common law*¹⁷.

Os formalistas afirmam que o método da interpretação fidedigna justifica-se na prática como forma de limitar o poder discricionário dos juízes, de elevar a previsibilidade das decisões relativas às leis e de disciplinar o processo legislativo, forçando os legisladores a serem mais claros a respeito de suas intenções. Contra esse formalismo, influenciado pelo positivismo lógico, que lutou contra o realismo, surgem no cenário jurídico norte-americano juízes ativistas. O ativismo judicial norte-americano teve grande apoio entre as décadas de 1950 e 1960, apoio este vindo dos espectros acadêmico e judicial. Somente na primeira metade da década de 1970 é que esse ativismo arrefeceu-se, dando espaço à retomada de doutrinas baseadas na ética kantiana que buscavam afirmar a importância de se dar continuidade ao passado, em detrimento de uma postura progressista voltada para o futuro.

II

Posner afirma que a Análise Econômica do Direito, a propósito da maximização da riqueza, possui afinidades tanto com a ética kantiana quanto com a utilitarista: “com a primeira, porque a abordagem protege a autonomia dos indivíduos produtivos ou ao menos potencialmente produtivos (a maioria de nós); com a segunda, devido a relação empírica entre mercado livre e riqueza humana”¹⁸.

Entre os críticos mais severos da Análise Econômica do Direito estão aqueles que a atacam como uma versão do utilitarismo. Esses críticos costumam igualar economia a utilitarismo e criticam essa filosofia política como se ela tivesse os mesmos pressupostos daquela ciência social. É possível distinguir utilitarismo e economia? Concordo com Posner que sim. O utilitarismo sustenta que o valor moral de uma ação

¹⁷ Idem., p. 421.

¹⁸ Idem, p. 426.

ou ato político deve ser julgado observando-se o princípio segundo o qual deve-se buscar "o máximo de felicidade para o maior número de pessoas". Esse princípio, pensado por Jeremy Bentham, funciona como parâmetro para verificação da solidez de qualquer política ou ação. Conforme a economia normativa, todavia, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social. Ocorre que o termo "bem-estar social" era definido de forma tão abrangente que muitos o consideram sinônimo do conceito utilitarista de felicidade. Daí a tendência de identificação da ciência econômica com o utilitarismo. Contudo, a economia é um ramo da atividade intelectual bem distinto do utilitarismo, possuindo vocabulário técnico específico e só a ele aplicado. Posner chama atenção para o fato de que conquanto a teoria do direito tenha sentido o impacto do utilitarismo já na época de Bentham, os estudos sobre a aplicação da Economia no Direito teve seu início apenas a partir da década de 1960, época em que o utilitarismo já se encontrava arraigado no imaginário jurídico, de modo que o que começou a ser produzido na perspectiva de uma abordagem econômica do Direito era considerado como simples aplicação daquela visão filosófica ao Direito¹⁹. É bem verdade que muitos estudiosos, incluindo o próprio Bentham, e alguns juízes, mesmo inadvertidamente, já se esforçavam por aplicar o utilitarismo ao Direito, mas eles raramente aplicavam o instrumental da economia em suas teorias. Essa situação, porém, parece ter se invertido nas últimas décadas, e os teóricos passaram a rejeitar o utilitarismo como teoria normativa. Ora, isso significa que utilitarismo e economia são coisas distintas. Mas o que os diferem?

Podemos afirmar que o utilitarismo é, a um só tempo, um teoria da moral individual e uma teoria da justiça social. Com efeito, o homem íntegro é aquele que se esforça para elevar o grau de felicidade da sua comunidade e a sociedade justa é aquela que busca levar essa felicidade a seu patamar mais alto. Nesse sentido, "[a]tinge-se o máximo de felicidade, ou utilidade, quando as pessoas (ou criaturas) são capazes de satisfazer suas preferências, quaisquer que sejam estas, na máxima medida possível"²⁰. O utilitarismo possui uma característica muito atraente, responsável pelo o crédito que a teoria recebeu no século passado. Trata-se do seu

¹⁹ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 72-78.

²⁰ Idem., p. 63.

"consequencialismo". Isso significa que o utilitarista verifica se uma ação ou um procedimento faz algum bem identificável ou não. Pessoas costumam afirmar que alguns comportamentos ou escolhas - o homossexualismo e o aborto, por exemplos - são moralmente errados sem, contudo, apontar quaisquer consequências ruins que se originem deles. O consequencialismo do utilitarismo impede essas conclusões infundadas e arbitrárias. Exige-se, pelo contrário, que se demonstre que algo considerado errado, condenável ou injusto prejudica alguém, tornando sua vida pior. Do mesmo modo, de acordo com o consequencialismo, uma ação só é moralmente boa se torna melhor a vida de alguém ou um estado de coisas. Portanto, o utilitarismo não é um mero conjunto de regras prescritivas de comportamento. Ele fornece um verdadeiro teste para assegurar que essas regras estão servindo para alguma função útil. Com efeito, julgar condutas e ações torna-se uma questão de medir o bem-estar humano, não de consultar e seguir líderes e crenças espirituais ou alguma metafísica, o que por muito tempo oprimiram os seres humanos. Portanto, apesar das críticas que serão expostas a seguir, o utilitarismo é uma poderosa arma contra o preconceito e a superstição²¹.

A primeira crítica diz respeito ao fato de o utilitarismo possuir um campo incerto de ação, no sentido que não fica claro quem deverá ter sua felicidade incluída na elaboração de políticas ou ações que maximizem a felicidade. Os animais entram no cálculo? A pergunta é deveras pertinente tendo em vista que a utilidade, em seu sentido mais amplo, aplica-se a muitos animais. Bentham, por exemplo, dizia que o princípio da maior felicidade exige que os legisladores devam proibir atos que tendam produzir um "espírito de desumanidade". Com efeito, e pelo fato de que os animais também experimentam sofrimento (aqui, portanto, a infelicidade), defendia ele a proibição legal da crueldade para com os animais²². Nesse sentido, e utilizando o exemplo de Posner, conforme a ética utilitarista, se um motorista, para desviar de dois carneiros, matasse deliberadamente uma pessoa, não poderia ele ser considerado um homem mau, uma vez que sua ação, de salvar dois carneiros, teria aumentado a felicidade geral. Outro problema que diz respeito também aos destinatários das

²¹ Ver KYMLICKA, WILL. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap. 01.

²² POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, p. 41.

políticas utilitaristas seria o fato de o utilitarismo não ser capaz de resolver a questão da inclusão dos estrangeiros e daqueles que ainda não nasceram. É que a inclusão destes na população destinatária pode gerar, em temas como o aborto, adoção e homossexualismo, políticas diferenciadas de tal modo que poderia restar comprometido o cálculo de maximização.

Entre todos os problemas apontados pelos críticos do utilitarismo a falta de um método para calcular o efeito de uma decisão ou política na felicidade de uma comunidade política certamente é o mais citado. Realmente, os utilitaristas não propõem nenhuma técnica confiável para medir a mudança no grau de satisfação dos destinatários e praticantes de uma ação. Poder-se-ia pensar que a abordagem de Pareto poderia fornecer alguma base de mensuração da satisfação. Uma mudança é Pareto-superior quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém. Esse tipo de mudança, conforme essa abordagem, elevaria a quantidade total de felicidade humana, já que nenhuma perda há, apenas ganho de felicidade. Contudo, ainda assim, o utilitarismo permaneceria indefinido.

O quarto problema do utilitarismo apontado por Posner é aquilo que ele chama de “os perigos do instrumentalismo”²³. É que, se a felicidade depender de que as pessoas tenham bens materiais e oportunidades, a política utilitarista fará de tudo para garantir tais coisas. Todavia, se para aumentar a felicidade for necessário desconsiderar direitos, isso também será feito. “O utilitarismo, portanto”, diz Posner, “parece fundamentar direitos de suma importância no mero palpite empírico de que promovem a ‘felicidade’”²⁴, e isso pode levar à prática de “monstruosidades morais” tanto no nível das escolhas pessoais quanto no das escolhas sociais. No primeiro deles, é possível que o utilitarismo aprove a seguinte afirmação: uma pessoa *A* que gasta seu tempo livre em jogos de cartas seria uma ser humano melhor que a pessoa *B* que gasta seu tempo limpando seu quintal. É que a atividade de *A* acrescenta-lhe mais felicidade que a de *B*. Quanto ao nível das escolhas sociais, imaginemos a seguinte situação: uma determinada comunidade política resolve exterminar um grupo minoritário odiado pela maioria de sua população ao argumento de que a extinção

²³ Idem., p. 68.

²⁴ Idem.

daquele grupo geraria o desaparecimento do ódio e um aumento da felicidade da maioria. O utilitarista dificilmente condenaria tal prática, muito embora pudesse chamar a atenção dos seus custos psicológicos.

Para Posner, se o perigo do utilitarismo são as “monstruosidades morais”, o das teorias kantianas é o “preciosismo moral, ou extremismo”, de modo que ele considera a análise econômica um sistema ético alternativo²⁵.

Posner começa por distinguir riqueza e utilidade. Antes, porém, preocupa-se em esclarecer o vocabulário econômico que é utilizado pela análise econômica que pretende justificar. É a partir do conceito de “valor” que entendemos a noção de “riqueza”. “Valor”, em economia, é o valor de troca, medido ou pelo menos mensurável no âmbito de um mercado explícito ou implícito. Observe-se que valor não é o mesmo que “preço”. “O preço de uma mercadoria”, esclarece Posner, “é o valor desta para o consumidor marginal, e os consumidores intramarginais a valorizarão mais, no sentido de que estariam dispostos a pagar um preço mais alto por ela”²⁶. “Riqueza”, então, e em economia, é a soma de todos os bens e serviços no interior de uma sociedade, calculados pelo valor de mercado, no sentido de preço, que cada um possui, multiplicado pela totalidade de mercadorias e dos serviços que ela produz, assim como a soma de todos os *superavits* dos consumidores e produtores, gerados por essas mercadorias e esses bens. Note-se que o que é importante observar no conceito de valor é que ele se funda naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não, frise-se, na felicidade que essas pessoas extrairão de sua aquisição. Com efeito, uma pessoa que deseja muito ter determinada mercadoria, não estando, todavia, disposto a pagar por ela ou é incapaz de fazê-lo, inclusive devido a sua baixa condição financeira, não a valoriza no sentido em que Posner utiliza o termo “valor”. De igual modo, entenda-se por “riqueza” da sociedade apenas a totalidade da satisfação das preferências *financeiramente* sustentadas, a saber, as preferências que se manifestam em um mercado de troca, seja ele real ou hipotético.

²⁵ Idem., p. 72.

²⁶ Idem., p. 73.

Posner acredita que o mercado hipotético desempenha um importante papel no *common law* e que sua análise também deixa claro que maximização de riqueza e maximização de felicidade não são a mesma coisa. Ele nos dá o exemplo de uma fábrica que, localizada próximo a uma pequena cidade, esteja poluindo o meio ambiente e, com isso, reduzindo em US\$ 2 milhões o valor das propriedades locais, mas que, se obrigada a mudar de lugar, teria um prejuízo de US\$ 3 milhões. Segundo a maximização de riqueza, a fábrica deveria ganhar a causa, a despeito da infelicidade dos proprietários das áreas e edificações locais. Imaginemos, agora, que os proprietários locais são pessoas ricas. Nesse caso, se a fábrica fechar, os trabalhadores terão grandes prejuízos e pequenos empresários locais irão à falência. Assim, como diz Posner, a decisão que obrigue a fábrica a mudar-se será eficiente, mas é muito provável que esta decisão não maximize a felicidade²⁷. Outro claro exemplo de que felicidade e riqueza não correspondem uma à outra é o fato de que os habitantes de países ricos nem sempre são mais felizes que os de países pobres, a despeito de ricos em muitos países aparentarem serem mais felizes que os pobres.

“Se a riqueza”, pergunta Posner, “não é apenas outro nome para felicidade, e certamente não é”, enfatiza ele, “por que a busca da riqueza deveria ser considerada moralmente superior à busca da felicidade?”²⁸. Para responder a essa pergunta, Posner inicia seu argumento afirmando que o que torna o utilitarismo tão repugnante às pessoas é o fato de ele não respeitar a liberdade individual. Contudo, lembra ele, “a insistência intransigente na liberdade ou autonomia individual, a despeito das consequências desta para a felicidade ou utilidade dos membros da sociedade, parece algo igualmente equivocado e inaceitável”²⁹. Refere-se ele às perspectivas “kantianas” Direito, segundo as quais nenhum argumento há para o preterimento de direitos individuais. Diante disso, sustenta ele, “[a] ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla dessas tradições filosóficas rivais”³⁰. Segundo ele, a busca da maximização da riqueza, fundada no modelo de transações voluntárias de mercado,

²⁷ Idem., p. 75.

²⁸ Idem., p. 78-79.

²⁹ Idem., p. 79

³⁰ Idem.

funciona com maior respeito às escolhas individuais quando comparada à maximização da felicidade proposta pelo utilitarismo.

Como isso é possível? Vejamos um exemplo dado por Posner. Imaginemos que há um colar à venda por US\$ 10 mil e que há um homem disposto a pagar esse valor por esta mercadoria e outro que não tem dinheiro, mas que está disposto a incorrer em desutilidade pecuniária, como pagar uma fiança de US\$ 30 mil caso venha a ser preso por roubo ou furto. A escolha do primeiro homem é moralmente superior, tendo em vista que, além de adquirir a mercadoria, ela estará beneficiando outra pessoa, o dono do colar. Ademais, tudo indica que o homem disposto a pagar pelo colar acumulou a quantia referida por meio de atividade(s) produtiva(s) que certamente beneficiaram terceiros, como empregadores e clientes, e que, sendo a renda de uma pessoa menor que o valor total de sua produção, pode-se concluir que ele deu à sociedade mais do que tirou dessa. O outro homem deste exemplo, ao roubar ou furtar o colar, não beneficia ninguém, a não ser a si mesmo, no sentido de maximizar sua felicidade, o que um utilitarista acataria. Observe-se que Posner, com este exemplo, tenta demonstrar que ao valorizar uma mercadoria, no sentido anteriormente descrito, uma pessoa estará respeitando direitos individuais de terceiros, o que não ocorreria no utilitarismo, dado o fato de que o furto pode ser uma fonte de maximização da felicidade.

A abordagem econômica da maximização da riqueza, segundo Posner, encontra limites nos direitos individuais, como, por exemplo, o direito de propriedade. Vejamos mais um exemplo fornecido por ele: se *A* estaciona seu carro na garagem pertencente a *B* e este pede em juízo que *A* retire seu carro de lá, *A* não pode se defender alegando em juízo que a garagem vale mais para ele do que para *B*, por ser seu carro mais caro que o de *B*. Para que *A* utilize a garagem é necessário que ele a negocie com *B*. “O que faz com que o direito em questão seja absoluto”, esclarece Posner, “é o fato de não se poder extingui-lo ou transferi-lo *sem o consentimento* de seu detentor”³¹. As negociações voluntárias efetuadas em consenso direcionam recursos a suas aplicações mais vantajosas.

³¹ Idem., p. 84. Sem grifos no original.

Mas isso não parece muito coerente com a análise que Posner faz da discriminação, análise esta que ele faz a partir de uma pergunta de natureza econômica: qual é o impacto da redução do comércio sobre a riqueza dos grupos envolvidos? Desejo ilustrar seu pensamento com a situação de discriminação no ambiente de trabalho.

Para Posner, leis contra discriminação no mercado de trabalho são dispendiosas, mesmo quando impostas a empregadores que de fato discriminem. É que o empregador pode ser obrigado a pagar um salário mais alto aos trabalhadores brancos que tenham inclinação para a discriminação e que tenham oportunidades de emprego atraentes em outras empresas ou locais onde não haja empregados negros. Mesmo se isso não existir, haveria uma grande chance de custos não pecuniários, na forma de convívio social indesejado e desagradável. O argumento de que a contratação de negros traria vantagens econômicas às empresas devido ao aumento do comércio com os clientes negros não prospera, segundo Posner. É que, em sua análise, se tal ganho fosse provável ou realmente existisse, provavelmente os negros teriam sido contratados sem que leis precisassem impor sua contratação.

Qual seria o remédio judicial, segundo Posner, adequado em caso de discriminação no mercado de trabalho, no qual se tenham constatado real violação da lei?

Se o empregador praticou discriminação contra negros, deveria a meu ver, ser obrigado a pagar indenização por perdas e danos a todos os indivíduos negros que tenha discriminado (talvez com valor dobrado ou triplicado, para facilitar a execução da lei em casos de indenizações pequenas). Esse tipo de sentença, compensatória e preventiva, parece preferível a um remédio judicial que obrigasse o empregador a contratar uma quantidade ou porcentagem determinada de negros; pois isso o forçaria a demitir funcionários brancos, ou, o que dá na mesma, favorecer os candidatos negros em detrimento dos brancos até o cumprimento da cota estipulada. Uma sentença desse tipo, ao impor custos aos empregados brancos (pessoas possivelmente desprovidas de preconceitos raciais) para melhorar as condições de vida dos trabalhadores negros, funciona como uma forma extravagante e contraproducente de tributação da classe trabalhadora negra. Além disso, muitos

negros que se beneficiarão da sentença podem não ter sofrido discriminação por parte da empresa, e muitos dos que sofreram podem não se beneficiar da sentença.³²

Vejamos, agora, a situação em que a responsabilidade pela discriminação for tanto dos empregados quanto do empregador. Imaginemos que empregados brancos tenham impedido a entrada de negros em seu sindicato ou associação, e o motivo da discriminação pelo empregador tenha sido indireto, pois ele não contratou negros devido a discriminação dos seus empregados. “Nesse caso”, diz Posner, “o remédio judicial consiste em obrigar os trabalhadores ou o sindicato a pagarem indenização por perdas e danos. Mais uma vez, a imposição judicial da obrigação de fazer seria inadequada”³³.

Em que sentido os negros consentiram? O direito dos negros à igualdade não era para ser absoluto? A resposta parece estar na seguinte suposição de Posner: “o custo para os discriminadores é inferior quando, devido à regulação do Estado, a renda pecuniária rejeitada como resultado da discriminação é menor do que seria se não houvesse regulação”³⁴.

III

Desejo me concentrar, doravante, nos fundamentos éticos e políticos da maximização da riqueza e para isso é necessário voltarmos um pouco ao utilitarismo ou mais especificamente à solução encontrada pelos utilitaristas para a aferição da maximização da felicidade e para a comparação interpessoal de utilidades. Como afirmei acima, uma mudança é Pareto-superior quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém. Vejamos um exemplo: se *B* vende sua garagem a *A* por R\$ 10 mil e ninguém mais é atingido por essa transação, pode-se concluir que a utilidade de R\$ 10 mil para *B* é maior que a da garagem para *A*, sendo o inverso, porém, também verdadeiro, a despeito de não sabermos em que medida essa

³² Idem., pp. 426-427.

³³ Idem., p. 427.

³⁴ Idem., pp. 47-418.

transação incrementou as utilidades de *A* e de *B*. Neste exemplo, nenhum terceiro foi afetado e é possível afirmar que a transação beneficiou não só uma pessoa, mas todas as envolvidas diretamente. Portanto, trata-se aqui de uma mudança Pareto-superior. Como a aferição da utilidade é impossível, a solução de Vilfredo Pareto tenta – todavia, não consegue - mostrar que nas transações analisadas houve consentimento das pessoas afetadas. Contudo, essa solução não dá conta, por exemplo, de analisar o livre mercado, onde não haveria preços tabelados ou mesmo um teto para ele. É que sem esses limites, as consequências das transações são inúmeras, de modo a impossibilitar a identificação dos afetados e, com isso, a análise do consentimento resta comprometida³⁵.

Em resposta, Posner tenta demonstrar que a saída para a maximização da riqueza é a noção de consentimento *ex ante*. Tome-se o seguinte exemplo: “uma pessoa que compra um bilhete de loteria e não ganha o prêmio ‘consentiu’ com a perda, desde que a questão não envolva fraude ou coação”³⁶. Essa noção de consentimento *ex ante* é uma resposta ao argumento de que o critério de maximização da riqueza violaria o consentimento quando aplicada a ambientes de mercado. Contudo, situações não ligadas ao mercado tornam a aplicação dessa noção de consentimento mais complicada, embora algumas instituições aplicáveis a essas situações possam ser vistas como maximizadoras de riquezas. Seria o caso da responsabilidade civil por negligência em acidentes. Se nenhuma pessoa é culpada, em que sentido aquele que se feriu em um acidente consentiu em não ser compensado pelo dano?

Muito se critica a pressuposição de um consentimento *ex ante*. Afirma-se que, por ele não ser explícito, não há como justificar muitos casos. Posner tenta se defender:

Mas, se não há mecanismos confiáveis de obtenção do consentimento explícito, nem por isso devemos abandonar o princípio do consentimento. Deveríamos nos satisfazer com o consentimento implícito (ou talvez, mais precisamente, hipotético) onde este existir. Pode-se averiguar sua existência

³⁵ Esse argumento pertence a Posner. *Idem.*, p. 106.

³⁶ *Idem.*, p. 112.

perguntando-se hipoteticamente se, caso os custos de transação fossem nulos, as partes afetadas concordariam com a instituição. O procedimento assemelha-se ao de um juiz, quando este imputa intenções às partes de um contrato que não preveja explicitamente uma determinada eventualidade. Embora a tarefa de imputação seja mais fácil no caso do contrato, ainda assim esse caso serve para mostrar que o consentimento implícito pode ser importante. A ausência de um contrato pode afetar nossa confiança para inferir consentimento implícito, mas não afeta a exatidão de tais inferências³⁷.

Há outras objeções e uma das mais importantes dentre elas também é o de que o consenso raramente é unânime. Mas não desejo me prender a essas críticas, por assim dizer, internas à maximização da riqueza. Desejo, pelo contrário, saber se a própria maximização da riqueza respeita direitos. A propósito, o próprio Posner reconhece que o consentimento, como critério de justificação ética da maximização da riqueza possui limitações³⁸, o que ao final o torna muito pouco atraente para a própria dele.

Há muitas dificuldades conceituais na ideia de maximização da riqueza individual e social. No início de um importante artigo³⁹, Ronald Dworkin tenta demonstrar que a Análise Econômica do Direito, que sustenta a ideia da maximização da riqueza, deve ser distinguida da análise do Direito dos economistas feita a partir da aplicação a questões jurídicas da noção de eficiência de Pareto. Contudo, não desejo aqui expô-la em mais detalhes, já que, anos depois, Posner, como demonstrado acima, declarou que sua perspectiva econômica não depende da eficiência de Pareto. Desejo, pelo contrário, me alongar com aquilo que Dworkin denomina de “cerne do problema”: a maximização da riqueza é um objetivo digno?

Segundo Dworkin, há várias respostas para essa pergunta e tentarei expô-las aqui da forma como ele as imagina⁴⁰. “(1) Pode-se pensar que a riqueza social é, ela própria, um componente do valor social – isto é, algo que por si só vale a pena ter”. Há duas versões para essa resposta. Vejamos: (a) uma versão afirma que a riqueza social

³⁷ Idem., p. 115.

³⁸ Idem., pp. 121-123.

³⁹ Publicado como capítulo 12 em DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁴⁰ Ver idem., pp. 356-357.

é o *único* componente do valor social. Ou seja, afirma que valorizamos tão somente a riqueza social e que ela é o único padrão para averiguarmos se uma sociedade está em melhor ou pior condição; (b) uma versão mais modesta afirma que a riqueza social é apenas mais um componente do valor social. Ou seja, uma sociedade não é melhor, comparada a outras, apenas porque possui mais riqueza. É preciso averiguar se os outros componentes, como a igualdade e a liberdade, estão presentes.

Vejam os a segunda resposta: “(2) Pode-se pensar na riqueza social não como um componente, mas como um instrumento do valor. As melhoras na riqueza social não são valiosas em si mesmas, mas valiosas porque podem ou irão produzir outras melhoras que são valiosas em si”. Isso quer dizer que o aumento da riqueza social pode aumentar os reais componentes do valor social, como a igualdade e a liberdade, por exemplo. Também para essa segunda resposta há diferentes versões. (a) melhoras na riqueza podem, por si só, causar outras melhoras; (b) embora não melhore automaticamente outros componentes, a riqueza social possibilita essa melhora; (c) a riqueza social não é causa direta nem indireta do incremento de outros componentes, mas ele é um segundo melhor objetivo, que é valorizado não por si nem porque causará ou poderá causar outras melhoras, mas por haver uma correlação entre melhoras na vida social e melhoras na riqueza social. Ou seja, a promoção de qualquer valor componente ocasionará, obrigatoriamente e de modo diretamente proporcional, o aumento ou a diminuição da riqueza social.

As afirmações de que a riqueza social é o próprio valor social ou pelo menos um dos seus componentes são ideias defensáveis? Se a Análise Econômica do Direito defende que as decisões judiciais devem ser tomadas de modo a aumentar a riqueza social, então deve ela demonstrar por que uma sociedade mais rica é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade menos rica.

Pode-se afirmar, como dito anteriormente, que a riqueza é, em si, um componente do valor social, no seguinte sentido: se uma sociedade muda, havendo aumento em sua riqueza, essa mudança é um aumento também do valor social. Mas não está claro porque o progresso social significa que a riqueza é um valor. Considere-se o exemplo: *A* tem um livro que *B* quer. *A* venderia o livro para *B* por R\$ 2,00 e *B*

pagaria por R\$ 3,00 por ele. Um tirano *T* toma o livro de *A* e o dá a *B*. Em que aspecto o segundo momento da sociedade, em que o livro já pertence a *B*, é superior ao primeiro momento, em que o livro ainda pertencia a *A*?

Poder-se-ia pensar que se *A* aceitaria R\$ 2,00 pelo livro e *B* pagaria R\$ 3,00, então livro traria mais satisfação a *B* do que a *A*. Esse raciocínio, contudo, baseia-se no ganho de utilidade. Mas, como vimos, Posner defende que a Análise Econômica do Direito é um instrumento de maximização da riqueza, sendo esta conceitualmente independente da utilidade. Tornemos, então, nosso exemplo mais específico. *A* é pobre, doente e infeliz, sendo o livro do nosso exemplo um dos poucos prazeres que ele tem. Acrescente-se que ele só pôs a venda o livro porque precisa do dinheiro para comprar remédios. *B* é rico e muito satisfeito com o que já tem, mas está disposto a gastar R\$ 3,00 pelo livro. Se *T* força a transferência, sem nenhuma compensação a *A*, a utilidade será bastante reduzida, embora a riqueza aumente. Observe que a pergunta não é se a transferência forçada feita por *T* é injusta. A pergunta é: mesmo com a ação de *T* o segundo momento teria realmente uma melhora. Em nosso exemplo, o fato de o livro estar com quem pagaria mais para obtê-lo é tão irrelevante, do ponto de vista moral, quanto o livro permanecer nas mãos de quem estaria disposto a vendê-lo. Portanto, como diz Dworkin, “separada da utilidade, a riqueza social perde toda a plausibilidade como componente do valor”.

E embora o próprio Posner reconheça que mais riqueza não produz mais felicidade, deveria também reconhecer que em muitas situações a riqueza ocasiona uma perda de felicidade, uma vez que as pessoas não pensam apenas em riqueza e que muitas preferem a felicidade à riqueza. A riqueza é útil, mas apenas quando possibilita alguém levar uma vida melhor, mais bem sucedida, feliz ou mais moral. Como diz Dworkin, “qualquer um que considere [o dinheiro] mais valioso é um feticista das verdinhas”⁴¹. Portanto, a história de *A* e *B* demonstra que a própria maximização da riqueza não é um valor ou um componente de valor ou mesmo um instrumento do valor social. Ela demonstra não apenas que a maximização da riqueza pode ser contrabalançado por perdas de utilidade, de justiça ou de algum outro verdadeiro valor.

⁴¹ Idem., p. 365.

Enfim, “[d]emonstra que um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras consequências, boas ou más, não é absolutamente um ganho”⁴².

Posner até ofereceu, em 1983, uma resposta a essa crítica, afirmando que a crítica de Dworkin é enganosa, já que, se os valores utilizados em seus exemplos fossem majorados, as transferências aumentaria a quantidade de felicidade na sociedade, mesmo se não houvesse compensações⁴³. Essa resposta se mostra bastante confusa, já que Posner sustenta a distinção entre a maximização da felicidade e a maximização da riqueza. Não se nega que há possibilidade de incremento da felicidade, a despeito de suas consequências nefastas. O que Dworkin procurou negar foi que a riqueza não é um valor.

A partir de então, Posner passou a sustentar aquilo que chama de posição antiteórica, uma tentativa desesperada e constrangedora de defender que os juízes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores consequências, mesmo não mais especificando ele de que modo esses juízes devem decidir quais são essas melhores consequências. Entretanto, ele afirma que não deseja fundamentar suas recomendações em nenhuma teoria geral, mas em uma posição pragmática. Em 1995, Posner escreveu o seguinte acerca do que ele chama de “abordagem pragmática no direito”:

Como o termo “pragmatismo não tem um significado preciso, nunca se sabe ao certo o que está em jogo quando ele é discutido. Os simpatizantes do pragmatismo geralmente o definem a fim de torná-lo sinônimo de sensatez, enquanto seus inimigos fazem dele sinônimo de irracionalidade e autocontradição. Algo, entretanto, está em jogo. Os adjetivos que empreguei para caracterizar o ponto de vista pragmático (prático, instrumental, voltado para o frente, ativista, empírico, cético, antidogmático, experimental) não são aqueles que vêm à mente quando se considera a obra de, digamos, Ronald Dworkin.⁴⁴

Mas sua relutância não é apenas contra os argumentos Dworkin acerca do papel da moral no raciocínio jurídico. A lista dos “moralistas acadêmicos” com os

⁴² Idem.

⁴³ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, p. 130.

⁴⁴ POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11.

quais Posner se preocupa engloba Elizabeth Anderson, Sissela Bok, David Gauthier, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Martha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz e Judith Jarvis Thomson. Segundo Posner, “alguns desses autores citados são considerados primeiramente como filósofos do direito (por exemplo, Dworkin e Raz) ou filósofos políticos (por exemplo, Rawls), e não como filósofos da moral. Mas todos eles anseiam fazer com que o direito siga as lições da teoria moral, embora nem sempre com a mesma proximidade”⁴⁵.

Não tenho tempo para expor em detalhes os problemas do “relativismo moral” que Posner sustenta. Mas encerro com uma passagem de Dworkin a respeito do que acreditar ser o novo pragmatismo de Posner:

Ele pede a morte da teoria moral, mas, como todos os pretensos coveiros da filosofia, deseja apenas o triunfo de sua própria teoria. Seus argumentos mostram o contrário do que ele pretendia: mostram que a teoria moral não pode ser eliminada e que a perspectiva moral é indispensável, mesmo para o ceticismo ou o relativismo morais. O próprio Posner é guiado por uma crença moral tácita, dissimulada e pouco atraente, porém inexorável.⁴⁶

Se a razão do pragmatismo é a de Odisseu, é bom sabermos que podemos ser como o filho de Zeus e de Alcmena: Hércules.

⁴⁵ POSNER, Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory, *Harvard law review*, n. 11, 1998, pp. 1639-40.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *A justice de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.133.

Bibliografia

- CHOW, Daniel C.K., A pragmatic model of law, *Washington law review*, vol. 65, 1992, pp. 775-825;
- DWORKIN, Ronald. *A justice de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FARBER, Daniel A. *Legal pragmatism and the constitution*, *Minnesota law review*, vol. 72, 1988.
- FARBER, Daniel A. The inevitability of practical reason: statutes, formalism, and the rule of law, *Vanderbilt law review*, vol. 45, 1992.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell. The path of the law, *Harvard law review*, vol. 10, 1897.
- KYMLICKA, WILL. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap. 01.
- LANCASTER, Robert. A note on Pierce, pragmatism, and jurisprudence. *Journal of Public Law*, vol. 7, n. 13, 1958.
- MORRISSEY, Daniel J. Pragmatism and the politics of meaning. *Drake law review*, vol. 43, 1995.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Forense: Rio de Janeiro, 2010.
- POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2007
- POSNER, Richard A. The jurisprudence of skepticism, *Michigan law review*, vol. 86, 1998.
- POSNER, Richard A. The Problematics of Moral and Legal Theory, *Harvard law review*, n. 11, 1998.
- SAVARESE, Ralph J. American legal realism. *Houston law review*, vol. 03, 1966.
- SPEZIALE, Marcia. Langdell's concept of law as science; the beginning of anti-formalismo in american legal theory, *Vermont law review*, vol. 5, n.01, 1980.