

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

CRÍTICA À REDUÇÃO DA JUSTIÇA À EFICIÊNCIA:
DA JUSTIÇA PLUTOCRÁTICA À JUSTIÇA FOCADA EM REALIZAÇÕES

CURITIBA

2013

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

**CRÍTICA À REDUÇÃO DA JUSTIÇA À EFICIÊNCIA:
DA JUSTIÇA PLUTOCRÁTICA À JUSTIÇA FOCADA EM REALIZAÇÕES**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR, área de concentração Direito do Estado.

Orientador Professor Doutor Abili Lázaro Castro de Lima.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

CRÍTICA À REDUÇÃO DA JUSTIÇA À EFICIÊNCIA:

DA JUSTIÇA PLUTOCRÁTICA À JUSTIÇA FOCADA EM REALIZAÇÕES

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR, pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Professor Doutor Abili Lázaro Castro de Lima – Orientador
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barbosa
Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil

Professor Doutor André Peixoto de Souza
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 21 de junho de 2013.

Dedico o presente trabalho a minha esposa, Geziela.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Geziela, pela compreensão acerca da falta de tempo e todos os ônus decorrentes do longo período dedicado às atividades acadêmicas.

Em seguida, ao Professor Abili Lázaro Castro de Lima, orientador e amigo de todas as horas, pessoa sem cuja ativa participação nada teria sido possível.

Aos Professores que gentilmente participaram da banca de defesa da presente tese, além de meu orientador, Professora Doutora Vera Karam de Chueiri (UFPR), Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (UFPE), Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (Unibrasil), Professor Doutor André Peixoto de Souza (UFPR).

Aos Professores do Programa ao longo do Mestrado e do Doutorado, sem os quais igualmente não teria chegado ao presente momento, nomeadamente Celso Luiz Ludwig, Cesar Antonio Serbena, Clèmerson Merlin Clève, Eroulths Cortiano Junior, Fabrício Ricardo de Limas Tomio, José Antonio Peres Gediél, Katya Kozicki, Luiz Edson Fachin, Luis Fernando Lopes Pereira, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, Ricardo Marcelo Fonseca, Romeu Felipe Bacellar Filho e Vera Karam de Chueiri.

A todos os colegas de Mestrado e Doutorado da PPGD UFPR, em particular às figuras especiais de Ilton Norberto Robl Filho, Rodrigo Luís Kanayama, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Maurício Dalri Timm do Valle, Fernando Andreoni Vasconcellos.

Às Professoras Isaura Cristina de Andrade Aguiar e Rubia Cristina de Andrade Aguiar Ferreira Machado, pelas oportunidades, pelo aprendizado, pela confiança, pela amizade e pelo auxílio constantes. Muito obrigado.

“Os teóricos da escola clássica são comparáveis aos geômetras euclidianos em um mundo não euclidiano, os quais descobrindo que, na realidade, as linhas aparentemente paralelas se encontram com muita frequência, as criticam por não se conservarem retas, como único recurso contra as desastrosas interseções que se produzem.” (J. M. Keynes, Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda)

RESUMO

A presente tese analisa criticamente algumas das principais visões contemporâneas do Direito a partir da Economia, notadamente aquelas fundadas no pensamento de Friedrich August Von Hayek e de Richard Posner. Após uma incursão na História do Pensamento Econômico com vistas a evidenciar a genealogia e as características da ortodoxia econômica contemporânea e suas limitações, o trabalho refuta as visões economicistas do Direito representadas por tais correntes de pensamento, buscando demonstrar as razões da inadmissibilidade de suas conclusões. A análise crítica realizada recusa a concepção de um Direito e de uma Ética ou justiça fundados na eficiência econômica ou na maximização da riqueza, bem como a indiferença de tais visões quanto ao resultado concreto da operação das instituições de mercado nas esferas econômica e social, principalmente. Evidenciando o caráter amoral da Economia contemporânea e a indiferença dos critérios de eficiência relativamente à justiça distributiva, o trabalho explora os efeitos nocivos da análise econômica sobre os direitos da pessoa humana, bem como as tensões entre eficiência, Ética e justiça. A partir de tal análise torna-se possível formular um juízo crítico das visões econômicas sobre o jurídico, e propor alternativas para a construção de uma interlocução adequada entre Direito e Economia. Recusando a redução da justiça à eficiência, e considerando as dificuldades e a parca plausibilidade de reelaboração dos próprios conceitos de Economia e de eficiência, o presente trabalho propugna pela necessidade de reconexão entre Economia e Ética. A mesma se daria através da adoção de uma Teoria da Justiça a embasar a análise, para evitar as limitações e os problemas ostentados pela análise econômica convencional. Investigando entre as Teorias da Justiça existentes e distinguindo entre aquelas focadas em arranjos institucionais transcendentais e ideais e na justiça perfeita e as teorias focadas em realizações, a partir do pensamento de Amartya Sen, o trabalho endossa as últimas. Busca evidenciar que a teoria elaborada por este autor revela-se adequada à tarefa por basear-se na comparação de instituições existentes ou passíveis de ser criadas capazes de operar como redutoras da injustiça no mundo. A Teoria da Justiça de Sen revela-se capaz de influenciar a vida concreta das pessoas, não enfrentando os problemas de factibilidade e redundância que assolam outras abordagens da justiça, além de dispensar a necessidade de um consenso acerca de um fundamento único ou último para embasar o juízo acerca da injustiça de uma situação concreta e da necessidade de sua correção.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Crítica. Eficiência. Direitos. Ética. Justiça. Justiça distributiva. Equidade. Teorias da Justiça.

ABSTRACT

This thesis analyzes, critically, some of the main modern views of Law, based on Economy, mainly the ones founded on the thoughts of Friedrich August Von Hayek and Richard Posner. After an incursion in the History of Economic Thought to highlight the genealogy and the characteristics of the modern economic orthodoxy, and its limitations, the work refutes economics views of the Law, represented by these trends of thought, to demonstrate the reasons for the inadmissibility of their conclusions. The critical analysis refuses the conception of Law and Ethic or equity grounded on the economic efficiency, or in the maximization of wealth, as well as the indifference of these views in regards to the concrete results of the operation of institutions in the market, within the economic and social realms, mainly. With highlights to the amoral character of modern economy, and the indifference of the criteria of efficiency in regards to the distributive justice, the work exploits the adverse effects of the economic analysis on the rights of human beings, as well as the tensions among efficiency, Ethics, and equity. Based on this analysis it is possible to formulate a critical judgment of the economic views of the Law, and recommend alternatives for the construction of a new proper interlocution between Law and Economy. Refusing the reduction of equity to efficiency and considering the difficulties and the meager plausibility of re-elaboration of Economic and efficiency concepts, this work defends to need to reconnect Economy and Ethics. It would take the adoption of a Theory of Justice to found the analysis, and to avoid the limitations and the issues displayed by the conventional economic analysis. Assessing the existing Theories of Justice, and sparing the ones focused in transcendental and ideal institutional arrangements, and in the perfect justice, the work endorses the theories focusing realizations, based on the thoughts of Amartya Sen. It attempts to evidence that the theory elaborated by the author fits the task as it is based on the comparison between institutions, either existing or that can be created and capable of operating as reducers of injustice in the world. The Theory of Justice of Sen can influence the daily life of people, not by facing the reality and redundancies issues that cloud other approaches for justice, in addition to dismiss the need for a sole or last foundation to ground the court on the unjustness of a concrete event and the need for its correction.

Key words: Economic Analysis of Law. Criticism. Efficiency. Rights. Ethics. Justice. Distributive Justice. Fairness. Equity. Theories of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A ECONOMIA POLÍTICA VISTA ATRAVÉS DA HISTÓRIA DO PENSAMENTO ECONÔMICO	18
1.1 VISÃO GERAL DAS REVOLUÇÕES E DISPUTAS DA CIÊNCIA ECONÔMICA	20
1.1.1 A revolução clássica	23
1.1.2 A reação socialista	24
1.1.3 A revolução marginalista-subjetivista	25
1.1.4 A revolução keynesiana	26
1.1.5 A contrarrevolução monetarista	28
1.2 AS ESCOLAS DO PENSAMENTO ECONÔMICO	32
1.2.1 Primórdios do pensamento econômico	32
1.2.2 Mercantilismo	37
1.2.3 Fisiocracia	41
1.2.4 Escola Clássica	50
1.2.5 Pensamento econômico socialista	66
1.2.6 Pensamento econômico anarquista	83
1.2.7 Escola Histórica Alemã	91
1.2.8 O marginalismo	101
1.2.9 Escola neoclássica	112
1.2.10 O Institucionalismo	120
1.2.11 Escola keynesiana	135
1.2.12 A Escola de Chicago ou "Novo classicismo"	142
2. AS VISÕES DE HAYEK E DE POSNER SOBRE O DIREITO	150

2.1 A VISÃO DO DIREITO NA ÓTICA DE HAYEK	151
2.1.1 A defesa da liberdade	163
2.1.2 A crítica ao construtivismo racionalista	177
2.1.3 <i>Kosmos e taxis</i>	181
2.1.4 <i>Nomos e Thesis</i>	188
2.2 O MOVIMENTO <i>LAW AND ECONOMICS</i> E A ESCOLA DE CHICAGO	205
2.2.1 Direito e Economia: origens e desenvolvimento	205
2.2.1.1 Escola de Chicago	217
2.2.1.2 Teoria da Escolha Pública (<i>Public Choice Theory</i>)	222
2.2.1.3 <i>New Haven School</i>	227
2.2.1.4 Nova Economia Política (<i>New Political Economy</i>)	229
2.2.1.5 Outras correntes do <i>Law and Economics Movement</i>	230
2.2.2 A Escola de Chicago e o paradigma posneriano	233
3. A CRÍTICA DAS VISÕES ECONOMICISTAS DO DIREITO	303
3.1 CRÍTICA DA ORTODOXIA ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA	308
3.1.1 Conceito, objeto da Ciência Econômica e suas limitações	310
3.1.2 Questões metodológicas	319
3.1.3 O pressuposto do equilíbrio geral e a questão da intervenção do Estado na ordem econômica	324
3.1.4 Concepção benéfica da troca	337
3.1.5 A questão da definição de eficiência	342
3.1.6 Economia, moralidade e justiça	351
3.2 CRÍTICA DAS VISÕES ECONOMICISTAS SOBRE O DIREITO	361
3.2.1 O ceticismo gnoseológico de Hayek e a crítica ao racionalismo construtivista	362
3.2.2 A visão de Hayek sobre ordem espontânea e ordem feita	367
3.2.3 A visão de Hayek sobre as normas de conduta justas e a legislação	372
3.2.4 O <i>homo economicus</i> , a Teoria da Escolha Racional e o individualismo metodológico	376
3.2.5 A concepção do Direito como promotor da eficiência.	389
3.2.6 O critério de Kaldor-Hicks e o princípio da maximização da riqueza	394

4. EFICIÊNCIA, DIREITOS E JUSTIÇA	402
4.1 DIREITO E ECONOMIA	402
4.1.1 Possibilidades e limites da interação Direito e Economia	403
4.1.2 A intersecção Direito e Economia	404
4.1.2.1 Análise Econômica do Direito	404
4.1.2.2 Estado, Direito e mercado e Teoria da Decisão Judicial	414
4.2 EFICIÊNCIA E DIREITOS: DOS CUSTOS DOS DIREITOS À ECONOMIA DOS DIREITOS	425
4.2.1 Perspectiva dos custos dos direitos	428
4.2.2 Fundamentação pragmática dos Direitos	434
4.2.3 Perspectiva da Economia dos Direitos	442
4.2.4 Além das perspectivas atuais	452
4.3 EFICIÊNCIA, ÉTICA E JUSTIÇA	461
4.3.1 Possibilidade de uma Teoria Econômica do Direito e da Justiça	461
4.3.2 Eficiência e Ética	464
4.3.3 Eficiência e Justiça	474
4.3.3.1 Eficiência e justiça corretiva	490
4.3.3.2 Eficiência de justiça distributiva	503
4.3.4 Da Justiça plutocrática à Justiça focada em realizações	519
5 CONCLUSÃO	538
REFERÊNCIAS	552

INTRODUÇÃO

“In the long run we are all dead.”
(J. M. Keynes)

Há pouco mais de 50 anos surgia nos Estados Unidos da América um movimento que estava destinado a conhecer uma ampla difusão ao redor do globo: o denominado *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law*, ou seja, o movimento denominado Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito – AED.¹

Ao lado de outros movimentos interdisciplinares como *Law and Society*, o movimento tem a virtude de promover uma interdisciplinaridade que, em si mesma, pode ser considerada salutar e mesmo necessária ao desenvolvimento e amadurecimento da Ciência Jurídica.

Não obstante, ao que parece, a análise econômica acabou sendo difundida e assumida em muitos países, consciente ou inconscientemente, sem um maior senso crítico e sem um maior cuidado epistemológico.

Vislumbra-se certa falta de cuidado especialmente na análise acerca da assunção das premissas da Ciência Econômica em seu atual paradigma, com todas as suas abstrações, as suas pressuposições contrafáticas, as suas derivações (no sentido atribuído por Vilfredo Pareto ao termo), ou, em uma expressão, seu caráter ideológico.

Em virtude disso, a presente investigação parte desse ponto. Embora a interdisciplinaridade proporcionada pela Análise Econômica do Direito possa ser valiosa para a Ciência Jurídica, alguns questionamentos se impõem.

Convém refletir se estariam os juristas aptos a compreender adequadamente todo o arcabouço teórico e metodológico da Economia, sobretudo de maneira consciente e crítica. É pertinente questionar se teriam os juristas a percepção dos desdobramentos da Análise Econômica, tal como difundida atualmente, nos campos jurídico e social.

¹ Esta a origem indicada de maneira generalizada. Nada obstante, há precedentes históricos mais antigos, radicados em outras épocas e em outros locais.

Convém indagar, principalmente, ao se aplicar a AED a temas como direitos e garantias fundamentais e direitos sociais, quais as consequências decorrentes para tais conquistas civilizatórias. Indo mais a fundo ainda, insta investigar qual concepção do Direito e da Justiça embasa certas vertentes do movimento.

Ao que parece, a discussão de tais questões tem sido deixada de lado, a assunção da análise econômica parece ser feita, na maioria das vezes, pura e simplesmente, sem passar por qualquer crivo que verifique a consistência de suas premissas analíticas, teóricas, metodológicas e éticas e as consequências concretas de sua adoção nos campos jurídico e social.

Por vezes parece existir uma crença na existência de uma Ciência Econômica única, com *status* de Ciência social “quase-exata”, descurando-se os vários paradigmas da Ciência Econômica em constante luta através do tempo, o que é igualmente relevante.

Não parece óbvio que a análise econômica do direito seja feita a partir de um destes paradigmas ou perspectivas, sem que a escolha tenha sido sequer explicitada e justificada, simplesmente por tratar-se da hegemonia contemporânea no campo do pensamento econômico – a saber, a perspectiva subjetivista-marginalista.

No presente trabalho, investigar-se-ão as origens teóricas, analíticas, metodológicas e históricas do movimento *Law and Economics* e de outras visões econômicas acerca do Direito, nomeadamente a sustentada por certa vertente da Escola Austríaca.

Buscar-se-á verificar a matriz teórica de tais orientações dentro da História do Pensamento Econômico, o que é relevante para sua análise crítica, a ser feita sucessivamente.

Quanto a este ponto, sustentar-se-á a tese de que diversos dos paradigmas ou orientações da Ciência Econômica existentes poderiam ser utilizados para se realizar a análise do campo jurídico, proporcionando diferentes análises econômicas do Direito, o que teria por consequência que tal assunção reclamaria explicitação e justificação prévia, como uma exigência de honestidade científica.

Desse modo, os diversos conceitos analíticos e teóricos e os pressupostos metodológicos assumidos, explícita ou tacitamente, pela Análise Econômica do Direito em sua versão ortodoxa – Escola de Chicago, principalmente – reclamariam uma revisão crítica.

Consequentemente, a noção ou o conceito de eficiência econômica, o pressuposto do *homo oeconomicus*, as ferramentas analíticas estritamente microeconômicas, a teoria da racionalidade desprendida de qualquer referência à realidade histórica socioeconômica concreta, o pressuposto do equilíbrio, a visão apologética do mercado, a premissa contrafática da concorrência perfeita, entre inúmeras outras premissas assumidas principalmente pela Escola de Chicago, deveriam ser debatidos e justificados previamente.

Verificar-se-á que preliminarmente à Análise Econômica do Direito propriamente dita, a própria definição de Economia deve ser problematizada (sendo distinta da *crematística*², como se verá), e que as razões de questões terminológicas aparentemente desprovidas de maior importância (como a transição da Economia Política ou *Political Economy* para *Economics* ou Economia simplesmente) merecem ser explicadas.

Ver-se-á, ainda, que redefinições do objeto de investigação da Ciência Econômica precisam ser evidenciadas, bem como as diferenças substanciais entre as diversas perspectivas da política econômica e da Ciência Econômica merecem ser devidamente expostas, razão do relevo conferido à História do Pensamento Econômico no presente estudo.

É preciso, para tanto, evidenciar que a Ciência Econômica moderna conheceu uma trajetória que parte das concepções mercantilistas às teorias do paradigma marginalista-subjetivista atual, passando por concepções como as dos fisiocratas, as da Escola Clássica, o Socialismo Científico, a Escola Histórica alemã, o Institucionalismo, entre outras orientações muito diversificadas, tendo sofrido um processo de revoluções e contrarrevoluções que é bastante elucidativo.

Tem-se passado ao largo de tais importantes questões preliminares ao discutir e estudar *Law & Economics* e outras abordagens do jurídico a partir da Economia.

Assim como a Ciência do Direito, em certo momento de sua trajetória, faz uma ruptura com a ética, amoralizando-se³, afastando-se das discussões sobre a

² Com efeito, na Antiguidade Aristóteles (384-322 AEC) distinguia economia (*oiko nomos*), atividade voltada à satisfação das necessidades materiais do homem, de crematística (*krematistiké*), atividade especulativa visando a acumulação de riqueza. ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro C. Tolens. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, Livro I, pp.53-77.

³ Costuma-se indicar Thomas Hobbes (1588-1679) como o fundador do positivismo jurídico. Com efeito, o contratualismo de Hobbes afirma, inicialmente, direitos naturais, para, depois, negá-los,

justiça e reduzindo seu enfoque da norma justa (*jussum quia justum*) para a norma meramente válida (*justum quia jussum*), a Ciência Econômica também o faz, deixando – a partir do advento do marginalismo – de ser a ciência que investiga a origem social da riqueza e sua distribuição entre as classes sociais, passando a ser considerada a ciência da escolha racional do *homo economicus* em um mundo de escassez, restringindo seu enfoque à esfera do consumo e da alocação de recursos, da análise racional de custo-benefício feita à margem, “amoralizando-se” e deixando de discutir as incômodas questões da produção social da riqueza e de sua distribuição entre as classes sociais.

O presente estudo, portanto, pretende-se um estudo crítico do *Law & Economics Movement*, mas diverso de outros, ao não negar o valor do diálogo entre Direito e Economia, embora admita e enfatize a necessidade de uma profunda reflexão crítica sobre o objeto de Estudo a partir do próprio marco da análise econômica, da Ciência Econômica e das teorias e escolas do pensamento econômico, bem como de fora dele.

Assim, busca discutir aberta e francamente os fundamentos da Análise Econômica do Direito contemporânea e da racionalidade a ela inerente, buscando construir possibilidades alternativas.

Após a análise das origens do modelo teórico que embasa a Análise Econômica do Direito ortodoxa, a partir da História do Pensamento Econômico, buscar-se-á realizar uma exposição de algumas das principais visões do fenômeno jurídico erigidas a partir da Economia na contemporaneidade.

Examinar-se-ão, para tanto, os aspectos centrais do pensamento de dois autores de extremo relevo neste campo, nomeadamente Friedrich August Von Hayek, representante da Escola Austríaca, e Richard Allen Posner, expoente da Escola de Chicago.

Tal investigação conduzirá a uma percepção mais acurada da visão econômica mais ortodoxa sobre o Direito, seus valores e suas finalidades, bem como quanto à busca da realização de objetivos de justiça social ou justiça distributiva a partir de normas jurídicas.

sustentando a entrega total e irreversível dos mesmos ao Leviatã estatal. Após o contrato social, para Hobbes, não mais há, portanto, direitos naturais oponíveis ao Estado, e este se torna detentor do monopólio da criação do direito. Além disso, necessitando o soberano de amplas prerrogativas sobre seus súditos para garantir o contrato social que seus atos e o direito por ele criado não necessita ser justo.

Examinar-se-ão as teorizações de Hayek sobre as limitações do racionalismo construtivista e da capacidade cognoscitiva humana por ele sustentadas, e seu impacto no que diz respeito à regulação estatal da economia bem como à promoção de finalidades distributivas pelo Estado, com base no postulado da liberdade.

Analisar-se-ão ainda, especialmente, as concepções da Escola de Chicago, representadas pelo pensamento de Posner, sobre os princípios que deveriam reger a criação e a aplicação do Direito e, em última análise, sobre os fundamentos últimos do campo jurídico.

Verificar-se-ão diversos aspectos da visão apologética do mercado e da eficiência – ou maximização da riqueza – como critério máximo de orientação do legislador e do juiz, bem como as pretensões posnerianas de definição do Direito e de criação e uma Teoria da Justiça a partir de tal visão efficientista – o que aqui se denominará visão plutocrática do Direito e da Justiça.

Após a narrativa exploratória de tais expressões do pensamento econômico contemporâneo sobre o papel do Direito, buscar-se-á desenvolver uma crítica tanto ao ceticismo cognoscitismo e ao liberalismo hayekianos quanto aos critérios plutocráticos da Justiça e do Direito sustentados por Posner, no intuito de evidenciar suas limitações teóricas e éticas.

A crítica buscará lançar as bases para uma discussão mais profunda sobre Direito e Economia que parte da recusa à visão apologética do livre mercado e da eficiência como sustentáculo de uma visão plutocrática do Direito e da Justiça, que se julga verdadeiramente teratológica.

Buscar-se-á evidenciar, a partir de um estudo crítico dos efeitos da análise econômica dos Direitos do Homem e da teoria posneriana da justiça como eficiência, as severas limitações teóricas e éticas de tal abordagem do Direito a partir da Economia.

A demonstração dos efeitos deletérios da Análise Econômica sobre componentes essenciais de importantes concepções modernas sobre o Direito e sobre a Justiça evidenciarão, ainda, a necessidade de correções importantes e não negligenciáveis na abordagem ortodoxa do Direito a partir da Economia.

Evidenciar-se-á que não importa qual seja a abordagem econômica dos Direitos – seja a perspectiva dos custos dos Direitos, seja a perspectiva da fundamentação pragmática, estudadas adiante – a abordagem centrada unicamente na Economia sempre instrumentalizará e vilipendiará tais importantes conquistas

civilizatórias do campo jurídico e, ao mesmo tempo, elementos integrantes de importantes concepções contemporâneas de justiça.

Buscar-se-á demonstrar as limitações do enfoque econômico na análise do Direito e da justiça em virtude da unidimensionalidade inerente ao primeiro em choque com a multidimensionalidade e a pluralidade de valores e objetivos ínsita aos últimos.

As limitações dos atuais critérios de eficiência e sua incapacidade de tratar de forma minimamente adequada da questão da equidade – compreendida como distribuição dos recursos – serão evidenciadas e constituirão o fundamento para a demonstração das limitações inerentes a uma pretendida Teoria Econômica do Direito e a uma pretensa Teoria Econômica da Justiça.

A partir de tais insuficiências postular-se-á a necessidade de reconexão da Teoria Econômica com a Teoria da Justiça, e investigar-se-á qual das possíveis concepções teóricas da Justiça revelar-se-iam passíveis de embasar uma abordagem coerente do Direito a partir da Economia.

Com vistas a conferir um tratamento adequado a tal itinerário investigativo, a presente tese desenvolver-se-á em torno de quatro capítulos.

O capítulo primeiro, introdutório, consistirá em um esboço histórico da Ciência Econômica e do próprio movimento da Análise Econômica do Direito, desde seus precursores e suas origens até seus desenvolvimentos mais recentes, passando pelas contribuições de seus principais teóricos. Este capítulo culminará com a exposição das diversas variantes da AED contemporânea, e suas dissensões analíticas, teóricas e metodológicas.

O principal objetivo deste capítulo, como já consignado, constituirá especialmente evidenciar as dissensões existentes entre as diversas Escolas de pensamento no campo da Economia e evidenciar vários dos problemas que assolam a Análise Econômica do Direito baseada no marginalismo-subjetivismo e a Escola Austríaca.

O capítulo segundo exporá os principais aspectos do pensamento de Hayek e Posner sobre o Direito a partir de um ponto de vista econômico, deitando as premissas para sua posterior revisão crítica.

O principal objetivo deste capítulo será proporcionar uma visão ampla e profunda o suficiente sobre as principais concepções econômicas do campo jurídico para, em seguida, fazer-lhes a crítica, evidenciando suas insuficiências.

O capítulo terceiro consubstanciará a crítica à Análise Econômica do Direito da Escola de Chicago e às teorizações do Nobel austríaco, através da discussão dos problemas fundamentais envolvendo diversos aspectos relevantes daquelas visões. Seu objetivo é precipuamente desconstrutivo e preparatório do capítulo de conclusivo.

Por fim, a temática da relação entre eficiência, direitos e justiça será aprofundada no capítulo quarto, a partir do problema da análise econômica dos direitos e das limitações distributivas da análise econômica, para, após, buscar-se propor uma reformulação teórica, analítica e metodológica e ética das visões econômicas do Direito e a possível superação de alguns de seus limites mais relevantes a partir da postulação de uma reconexão entre Economia, ética e justiça a partir de uma abordagem teórica da justiça realizada por Amartya Sen.

Em síntese, o trabalho procurará demonstrar, essencialmente, que a Análise Econômica do Direito padece de problemas sérios em sua concepção analítica, teórica, metodológica e ética, necessitando de explicitações e justificações fundamentais, bem como de uma reformulação em termos de conceito, objeto, métodos e fundamentação ética.

Buscar-se-á demonstrar, por outro lado, a existência de condições que tornam teoricamente possível a criação de um novo modelo de Análise Econômica do Direito capaz de afastar as derivações ideológicas de que padece a vertente dominante, e de superar os inconvenientes da redução da noção de justiça à noção de eficiência econômica, a partir do problema da justiça social e de seus custos.

1 A ECONOMIA POLÍTICA VISTA ATRAVÉS DA HISTÓRIA DO PENSAMENTO ECONÔMICO

*“Adam, Adam, Adam Smith
Listen what I charge you with!
Didn't you say
In the class one day
That selfishness was bound to pay?
Of all doctrines that was the Pith,
asn't it, wasn't it, wasn't it, Smith?”⁴*

Para compreender-se qualquer tentativa de analisar o Direito a partir da Economia parece razoável e prudente começar a partir de uma análise da última e, salvo melhor juízo, nenhum recurso seria melhor para evidenciar suas virtudes e limitações do que uma análise da genealogia das ideias que integram o saber econômico contemporâneo.

Portanto neste primeiro capítulo buscar-se-á estabelecer as premissas do presente estudo através de uma incursão em aspectos históricos do pensamento econômico, partindo-se da do ensinamento de John Kenneth Galbraith no sentido de que “qualquer história da tradição clássica, após considerar as ideias essenciais, deve examinar o modo como elas foram defendidas. Há, certamente, uma defesa implícita na própria explicação do sistema; em teoria econômica, interpretar e justificar estão sempre associados.”⁵

A ênfase do I Capítulo recairá sobre a História do Pensamento Econômico em virtude de seu objetivo essencial consistir em demonstrar as mudanças radicais ocorridas neste ao longo do tempo, e as revoluções e contrarrevoluções que sofreu e, sobretudo, as possibilidades alternativas à ortodoxia econômica contemporâneas, evidenciada por autores e correntes de pensamento rivais e heterodoxas.

Evidentemente, sempre que necessário haverá o recurso à Histórica Econômica Geral, assim como à microeconomia e à macroeconomia, mas como recursos acessórios, e não centrais para o atingimento do objetivo traçado.

⁴ Stephen Leacock *apud* SEN, A. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 37.

⁵ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico em perspectiva, o: uma história crítica**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira/Editora da Universidade de São Paulo: 1989, p. 102.

Insta evidenciar alguns critérios quanto à escolha das correntes e Escolas de pensamento eleitas para compor esta primeira parte, uma vez que a exaustão seria impossível e possivelmente inútil. O critério de escolha baseou-se essencialmente na importância histórica e no grau de dissidência entre cada escola e as demais quanto a aspectos centrais para este estudo.

Necessário advertir, no entanto, que dada a extensão das temáticas que informam cada corrente de pensamento, Escola ou autor – abrangendo inúmeros aspectos do conhecimento econômico – enfatizar-se-ão apenas os aspectos mais importantes para o estudo ora proposto.

Entre estes, destacam-se especialmente aspectos tais quais a concepção do conceito e do objeto da Economia, suas assunções teóricas centrais, algumas questões metodológicas importantes, a crença ou rejeição acerca do caráter autorregulador da economia e a visão sobre a intervenção estatal na economia, com algumas questões conexas.⁶

A adoção de tal recorte visa tornar possível a tarefa de historiar as várias correntes e escolas do pensamento econômico bem como lançar as bases para a compreensão posterior sobre a forma com que aspectos teóricos e metodológicos de certas orientações do pensamento econômico têm influenciado fortemente as visões econômicas sobre o Direito e sobre a relação entre Estado e sociedade civil.

Auxiliarão, ainda, para demonstrar adiante a possibilidade efetiva de construção de visões alternativas sobre estes temas, a partir de outros marcos do pensamento econômico.

Ao final estas reflexões serão importantes, ainda, para embasar a crítica a algumas assunções basilares das visões econômicas do Direito exploradas na presente investigação e, especialmente, a discussão sobre a relação entre eficiência, direitos e justiça.

⁶ A expressão economia por vezes refere-se ao sistema econômico e por vezes a seu estudo científico. No presente trabalho, a palavra Economia grafada com inicial maiúscula será empregada para aludir à Ciência Econômica, ao passo que a palavra economia grafada com inicial minúscula será empregada para se referir ao sistema econômico.

1.1 VISÃO GERAL DAS REVOLUÇÕES E DISPUTAS DA CIÊNCIA ECONÔMICA

Um ponto fundamental para uma compreensão mais profunda da Ciência Econômica e, portanto, do objeto do presente estudo, é a História do Pensamento Econômico⁷. A mesma parece ser essencial para a compreensão das diversas teorias e escolas de pensamento em sua tentativa de explicar os fenômenos econômicos.

Referida disciplina, procedendo através do método histórico, evidencia o quão diferentes podem ser as explicações de um mesmo fenômeno econômico, bem como as profundas dissensões entre o pensamento dos principais economistas, auxiliando-nos na compreensão mais profunda da Economia e das visões da ortodoxia econômica contemporânea que subjazem às visões econômicas do Direito.

António José Avelãs Nunes, com base em Paul Sweezy (1910-2004), Joan Robinson (1903-1983) e John Hicks (1904-1989), entre outros, distingue duas perspectivas fundamentais do pensamento econômico, a saber, a perspectiva clássico-marxista e a perspectiva subjetivista-marginalista.⁸ A distinção de tais perspectivas reveste-se do mais alto relevo, como se verá.

Ensina Avelãs Nunes que a *perspectiva clássico-marxista* compreenderia essencialmente o pensamento econômico dos fisiocratas e da Escola Clássica, gravitando ao redor do conceito de *excedente social*. Observa o autor que

À luz desta perspectiva, a ciência econômica tem no conceito de *excedente social* o seu núcleo essencial e é construída a partir dele e à volta dele. Desde os fisiocratas que a ciência econômica se interroga acerca da origem da *riqueza* e da natureza do *excedente* e procura explicar como é que ele se distribui entre as várias *classes sociais*, em sociedades caracterizadas pelo *conflito social*. E cremos que, desde os fisiocratas, ficou clara a ideia – que surge em Adam Smith, em Ricardo e em Marx – segundo a qual as leis (ou os princípios) que regulam a distribuição do excedente estão intimamente ligadas às regras (ou princípios) que enquadram o *processo*

⁷ Conexa, evidentemente, à História Econômica Geral, mas que aqui não poderá ser abordada. Far-se-ão apenas as referências a fatos históricos econômicos ou com impactos econômicos importantes e, sobretudo, com repercussões sobre a compreensão teórica dos fenômenos econômicos e com impacto sobre a importância política e científica de tendências e Escolas do pensamento econômico.

⁸ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia Política, uma**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 8.

social de produção (ou, na terminologia de Marx, estão intimamente ligadas à natureza das *relações sociais de produção*).⁹

Portanto, não é de causar estranheza o fato de se considerar que Marx faça parte da perspectiva em comento, posto que, a despeito de seu posicionamento rigorosamente crítico em face da Escola Clássica, com ela e com escolas de pensamento anteriores compartilhava um universo teórico paradigmático.

Desta perspectiva se afasta radicalmente a perspectiva subjetivista-marginalista, que compreende diversas escolas, como a Neoclássica e a Novo Clássica, e que, a par de outras diferenças cruciais na abordagem dos fenômenos econômicos, caracteriza-se principalmente por uma nova orientação, pois nela

(...) o raciocínio desdobra-se ignorando em absoluto a *esfera da produção* e o *contexto social* em que decorrem as *relações de produção*, enquanto *relações sociais* que envolvem as várias *classes sociais*. (...) Segundo a nova orientação, a ciência econômica, em vez de buscar uma causa única do valor que pudesse explicar a troca dos bens e a distribuição da riqueza, limita-se agora a tentar explicar as variações dos preços de mercado (em função do *comportamento* de *compradores* e de *vendedores*, despedidos, uns e outros, da sua caracterização como trabalhadores assalariados, proprietários de terras, capitalistas ou empresários), reduzindo a esta equação toda a problemática da ciência econômica.¹⁰

A grande modificação promovida pela nova perspectiva econômica é a depuração da especulação teórica econômica de temas considerados particularmente problemáticos, como a distribuição da produção entre as classes sociais, passando os economistas, a partir da emergência da nova perspectiva, a considerar como estranhas à Ciência Econômica questões que desde os fisiocratas eram consideradas problemas genuinamente econômicos.

⁹ NUNES, A. J. A. *id.* p. 15. Nesse sentido, David Ricardo no prefácio a sua obra *Princípios de Economia Política e Tributação*, após afirmar que o produto da terra se divide entre as três classes, proprietários de terra, donos do capital e trabalhadores, afirma que “determinar as leis que regulam essa distribuição é a principal questão da Economia Política.” RICARDO, D. **Princípios de Economia Política e Tributação**. Trad. Paulo H. R. Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 39.

¹⁰ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* p. 39. Com efeito há rejeição das teorias do valor trabalho e do valor utilidade, segundo as quais o valor econômico remontaria ao trabalho direto e indireto despendido na fabricação da mercadoria ou à utilidade da mesma.

O subjetivismo-marginalismo promove uma restrição no objeto da Ciência Econômica, afastando temas com implicações políticas que passa a considerar extraeconômicos doravante.

A nova perspectiva desloca o foco do âmbito da produção para o do consumo, o que se pode vislumbrar com a mudança das temáticas dos estudos econômicos, alheando-se às relações de produção e focando na figura do consumidor, cuja soberania propugna e presume. O subjetivismo-marginalismo desloca ainda o foco da indagação econômica do custo da produção para a demanda, substituindo a perspectiva dinâmica da abordagem clássica-marxista da Economia por uma perspectiva estática, preocupando-se essencialmente com o problema da alocação eficiente dos recursos.¹¹

O cálculo diferencial dos ganhos e perdas na margem torna-se o instrumento metodológico preferencial dos economistas filiados a esta perspectiva, e a disciplina aproxima-se de um estudo comportamental orientado para a microeconomia.¹²

Portanto, embora sejam diversas as orientações e escolas amalgamadas sob a categoria da perspectiva subjetivista-marginalista nesta análise, de se observar que, do mesmo modo que ocorre com a perspectiva precedente, o que as une são algumas concepções fundamentais que compartilham acerca do objeto e de seu estudo.

O surgimento destes dois paradigmas rivais prende-se diretamente à História do Pensamento Econômico e nela encontra sua explicação, sendo possível compreender seu advento a partir de uma visão geral acerca das revoluções, reações e contrarrevoluções ocorridas no pensamento econômico, conforme as metáforas utilizadas por António José Avelãs Nunes e outros.

Neste sentido, antes de ingressar no estudo mais detalhado das concepções de cada uma das rivais escolas de pensamento que tiveram por objeto os fenômenos econômicos, que será útil para apreciar as limitações da ortodoxia do

¹¹ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* pp. 37-38. O tema da alocação eficiente de recursos será fundamental para a intersecção entre Direito e Economia, como se verá.

¹² NUNES, A. J. A. *id.* p. 38. Após afirmar que a Economia, se pretende ser uma ciência deve ser uma ciência matemática, William Stanley Jevons afirma que “a teoria consiste na aplicação do cálculo diferencial aos conceitos familiares de riqueza, utilidade, valor, procura, oferta, capital, juro, trabalho e todas as outras noções quantitativas pertencentes às operações cotidianas dos negócios.” JEVONS, S. **Teoria da Economia Política**, a. Trad. Cláudia L. de Moraes. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 48.

pensamento econômico contemporâneo e as visões possíveis a partir de orientações dissidentes, cabe uma rápida visão das mudanças cruciais que irão marcar cada uma das orientações que surgem e se afirmam por força de sua obra.¹³

1.1.1 A revolução clássica

De acordo com vários autores, anteriormente ao advento da Escola clássica, a Economia consistia simplesmente em um saber prático, voltado para a satisfação das necessidades materiais humanas ou para a atividade humana em torno da riqueza.

Assim, é comum considerar-se como marco do início do estudo científico da Economia o advento desta Escola, ocorrido por volta do século XVIII, de modo que alguns autores não consideram que as orientações anteriores, como o mercantilismo e o pensamento fisiocrático, constituíssem um conhecimento científico e tampouco Escolas de pensamento, na medida em que lhes faltaria homogeneidade e coesão.

A Escola clássica teria os créditos de ser a primeira a dar um tratamento considerado científico à Economia Política, destacando-se, assim, de todas as reflexões acerca da economia precedentemente existentes, desde a Antiguidade e a Idade Média até o início da Modernidade.

Os economistas clássicos, entre os quais se inscrevem Adam Smith – cuja obra marca o nascimento da Escola –, David Ricardo, Jean Baptiste Say, entre outros, tiveram o mérito de liberar a economia das amarras feudais e tradicionais, sustentando o liberalismo e propugnando pelo fim das restrições econômicas impostas por instituições medievais e pela moral cristã com sua condenação ao lucro, à especulação e à usura, e de seus resquícios.¹⁴

¹³ Com efeito o que se busca no presente item é elaborar uma genealogia do pensamento econômico ortodoxo contemporâneo, evidenciando, ao mesmo tempo, suas fragilidades e possíveis alternativas, a partir da análise de Escolas e correntes de pensamento rivais. Tal abordagem será valiosa para uma compreensão mais profunda da Análise Econômica do Direito, seus problemas e suas alternativas, nos capítulos posteriores.

¹⁴ O processo de amoralização da economia, com apagamento dos traços moralistas aristotélico-tomistas, iniciado pelas orientações precursoras da Escola Clássica são por esta concluídas. Sobre o processo de amoralização remete-se a SEN, A. *op. cit.* pp. 19 e ss.

Do ponto de vista metodológico a escola passou a dar um tratamento racional e sistemático aos fenômenos econômicos, desenvolvendo teorizações abrangentes e plausíveis, revelando constituir-se o ápice de um processo que já se iniciara – mas não se concluía – em momentos anteriores, notadamente na fisiocracia.¹⁵

Do ponto de vista político e social, coube à escola sustentar e difundir concepções liberais da economia, opondo-se a orientações precedentes como a dos mercantilistas, permissivas e incentivadoras da intervenção do Estado na economia, e, como já dito, de resquícios de instituições feudais. Além disso, colocavam-se ao lado da burguesia e contra a antiga nobreza fundiária então em declínio.¹⁶

1.1.2 A reação socialista

O liberalismo e as demais concepções sustentados pela Escola Clássica favoreciam a burguesia do capitalismo nascente em detrimento dos antigos estamentos privilegiados e também das antigas classes plebeias, que, libertas dos vínculos feudais com a terra mas, ao mesmo tempo, privadas da posse dos meios de produção, viam-se compelidas à migração dos campos para as cidades e ao assalariamento nas indústrias então nascentes.

O excesso de mão de obra e a ausência de regulação criaram as condições para o advento de um período de exploração extrema desta mão de obra industrial emergente, origem do período de capitalismo de concorrência e posteriormente

¹⁵ Com efeito, aos fisiocratas coube o mérito de serem precursores dos estudos econômicos em sua nova fase, haja vista terem sido os primeiros a buscar formular uma explicação sistemática e global do fenômeno econômico e do funcionamento global dos vários setores da economia. O *Tableau Économique* de Quesnay é emblemático neste sentido, apontado como a primeira tentativa de que se tem notícia de compreensão da economia como um todo. Veja-se FEIJÓ, R. **História do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 94 e ss.

¹⁶ Como observa John Kenneth Galbraith, o período pós-ricardiano é caracterizado, ao lado de outras tendências, por “uma certa discordância sistêmica, principalmente da parte dos estudiosos alemães, franceses e americanos. Em seus respectivos países, as condições econômicas, a disposição filosófica ou a observação pessoal negavam ou pareciam negar as grandes verdades que emanavam do cenário econômico britânico.” GALBRAITH, J. K. *op. cit.* p. 81.

monopolista do século XIX, caracterizado, como é sabido, por condições extremamente degradantes de vida e de trabalho para o proletariado nascente.¹⁷

Tal quadro, por sua vez, constituiu o contexto para o advento de uma crítica que genericamente pode-se denominar socialista, surgindo especialmente ao longo do século XIX diversos autores de variada orientação que criticavam a economia capitalista por seus perversos resultados sociais, de um lado, e de outro, a Economia Política Clássica, que legitimava teórica e ideologicamente tal estado de coisas.

As variadas críticas desta corrente – indo dos socialistas utópicos aos socialistas científicos de orientação marxista, e abrangendo de certa forma também os anarquistas – evidenciaram algumas das fragilidades e incoerências da Economia Política Clássica, e embora não tenham logrado êxito em constituir um paradigma contraposto efetivo, nem por isso deixaram de ter relevância.¹⁸

1.1.3 A revolução marginalista-subjetivista

Contra a Economia Política Clássica levantou-se no século XIX uma nova orientação, que funda a perspectiva marginalista-subjetivista, como mencionado anteriormente.

Tal nova orientação, representada por Léon Walras (1834-1910) em França, William Stanley Jevons (1835-1882) na Inglaterra e por Carl Menger (1840-1921) na Áustria, restringe o foco de reflexão da Ciência Econômica, excluindo temas admitidos pela perspectiva clássico-marxista, como mencionado linhas atrás.¹⁹

Mantendo uma orientação decididamente liberal, a revolução marginalista promove uma depuração da economia de vários elementos, procurando produzir, em certo sentido, uma Ciência econômica “pura”.

¹⁷ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* pp. 182 e ss.

¹⁸ Segundo Galbraith, “junto com estas três correntes, e marchando paralelamente a elas, nos meados do século passado, vinham a revolta e a revolução – e em particular a violenta e penetrante dissensão de Karl Marx.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 81.

¹⁹ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto da Economia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 42 e ss.

Produz, outrossim, modificações metodológicas e analíticas amplas e profundas, ampliando a aplicação do princípio marginal, surgido com a Escola Clássica, a todos os campos da economia.

Confere ainda um enfoque microeconômico à Ciência Econômica, renunciando ao estudo mais amplo da economia e tornando-se quase uma ciência comportamental, na medida em que preconizava sobretudo a compreensão do comportamento econômico racional dos agentes econômicos em interação – consumidores, empresas e outros.²⁰

A revolução marginalista abrange Escolas de pensamento como a Austríaca, a Escola de Lausanne e a Escola de Cambridge, e promove uma grande modificação na concepção da Ciência Econômica.

É em função desta revolução, inclusive, que a Economia Política passa a ser nomeada pura e simplesmente *Economics*, Ciência Econômica, Teoria Econômica ou Economia, buscando-se a depuração de qualquer conotação política da disciplina.²¹

1.1.4 A revolução keynesiana²²

Coube a John Maynard Keynes ser o representante maior de uma tendência que teve precursores na Escola Institucionalista, como se verá, mas que somente encontra ambiente socioeconômico e ideológico, bem como condições econômico-políticas para sua efetiva afirmação na década de 1930.

Neste período imperavam como *mainstream economics* as concepções subjetivistas-marginalistas, seja nas vertentes puras da Escola de Lausanne ou da

²⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 39. Tal enfoque será decisivo para a aplicação do aparato metodológico econômico para a análise de fenômenos extramercado de cunho comportamental, como o Direito.

²¹ Charles Gide e Charles Rist observam quão íntima era a vinculação entre Economia e Política, referindo-se ilustrativamente ao verbete da *Grande Encyclopédie* de 1755 escrito por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). GIDE, C.; RIST, C. **História das doutrinas econômicas**: desde os fisiocratas até aos nossos dias. Trad. Eduardo Salgueiro. Rio de Janeiro: Alba, 1941, p. 21.

²² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 105.

Escola Austríaca, seja na vertente renovada da Escola de Cambridge, fruto da obra de Alfred Marshal (1842-1924), fundador do neoclassicismo.²³

As modificações ocorridas na ordem social e econômica em função de eventos históricos de primeira magnitude – as duas Grandes Guerras e a grande depressão da década de 30 do século XX²⁴ – criaram as condições para que a crítica ao paradigma subjetivista-marginalista dominante na Ciência Econômica tivesse grande repercussão, teórica e prática.²⁵

Como ensina Galbraith, “o compromisso com a Lei de Say²⁶ e a consequente incapacidade do sistema clássico enfrentar a Grande Depressão foram as condições que, com um certo exagero, levariam ao que iria chamar-se Revolução Keynesiana.”²⁷

Surge assim uma nova perspectiva econômica, legitimadora da intervenção e do protagonismo econômicos do Estado, e orientada macroeconomicamente, além de subversora de certos dogmas econômicos liberais, como a *Lei de Say*.

Entre as décadas de 1930 e 1970 o pensamento econômico e a prática política econômica será essencialmente informada pelo keynesianismo – embora

²³ Orientação inconfundível, histórica e teoreticamente, com o novo classicismo, como se verá no item 1.1.2.12 do presente Capítulo.

²⁴ Como observa John Kenneth Galbraith, referindo-se ao século XIX e às primeiras décadas do século XX e suas crises econômicas e sociais: “Aqui havia um grave conflito com a teoria de determinação dos preços e salários, e com a grande teoria central de valor e distribuição – teorias que fixavam os preços e os salários à margem, o que vale dizer que todos os produtos estariam vendidos e todos os trabalhadores empregados até o nível marginal. E havia ainda um conflito com a Lei de Say. Mercadorias sem compradores iam se acumulando – não alguns poucos itens, mas enormes excedentes de oferta, uma superprodução geral. Para esta oferta havia uma demanda palpavelmente insuficiente. E, todavia, a Lei de Say era um dos pilares da crença clássica.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p.104. Keynes considera que, ao lado da ideia de que o salário equivale à desutilidade marginal do trabalho e que não existe desemprego involuntário em sentido estrito, a crença de que a oferta criaria a sua demanda “no sentido de que o preço da procura agregada é igual ao preço da oferta agregada para todos os níveis de produção e de emprego” é uma das hipóteses que estruturam a economia ortodoxa. Keynes aduz, ainda, que “essas três hipóteses, entretanto, equivalem-se entre si, no sentido de que subsistem ou desmoronam juntas, pois qualquer delas depende, logicamente, das outras duas.” KEYNES, J. M. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro: inflação e deflação**. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 27.

²⁵ Esta crítica feita por institucionalistas como Thorstein Bunde Veblen já por volta de 1900 não encontrara condições propícias para surtir efeito.

²⁶ Como ensina o próprio Keynes, “desde o tempo de Say e de Ricardo os economistas clássicos têm ensinado que a oferta cria sua própria procura; isto significa de modo expressivo, mas não claramente definido, que o total dos custos de produção deve ser gasto por completo, direta ou indiretamente, na compra do produto.” KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 25.

²⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 105.

desde meados da década de 1940 houvesse uma tentativa de reação liberal – mas a crise do petróleo da década de 70 do século XX coloca a equação keynesiana²⁸ em xeque com o advento da estagflação, o que cria as condições para que advenha, com êxito, a contrarrevolução planejada desde os anos 40.

1.1.5 A contrarrevolução monetarista

Com efeito, em função da crise da equação keynesiana já referida²⁹, muito da teoria de Keynes caiu em descrédito, e assim o movimento pelo retorno do liberalismo ganhou fôlego e espaço.

Surge uma nova orientação, pregando um retorno ao liberalismo econômico e sustentando um minimalismo estatal não-intervencionista do ponto de vista da política econômica, assim como um retorno às concepções teóricas, analíticas e metodológicas econômicas anteriores ao keynesianismo.³⁰

O resgate do *laissez-faire* e da Lei de Say caracterizam a orientação neoliberal. Seus defensores sustentam, como observa Avelãs Nunes, que os mercados tenderiam espontaneamente ao equilíbrio de pleno emprego, não necessitando de políticas anticíclicas ou outras políticas de combate ao desemprego, consideradas desnecessárias, inconsequentes, ineficazes e geradoras de inflação.³¹

²⁸ ROSANVALLON, P. **Crise de l'État-providence, Ia**. Paris : Éditions du Seuil, 1992, p. 49. Evidencia este autor que a estagflação – estagnação econômica acompanhada por processo inflacionário – acarreta a incapacidade do receituário keynesiano em continuar a ser útil na resolução dos problemas macroeconômicos.

²⁹ Como ensina Avelãs Nunes, “no início da década de 1970, porém, começaram a verificar-se situações caracterizadas por um ritmo acentuado de subida de preços (inflação crescente), a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PNB. Começava a era da *estagflação*.” NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* p. 590.

³⁰ “As concepções dos monetaristas e dos neoliberais em geral diferem das propostas de Keynes também no que concerne ao entendimento da economia e da sociedade e, de modo particular, no que tange ao papel do estado perante a economia e perante a sociedade.” NUNES, A. J. A. *id.* pp. 591-592.

³¹ NUNES, A. J. A. *id.* p. 592. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 24. Como observa este autor os postulados da teoria clássica do desemprego escamoteiam a existência do desemprego involuntário e interpretam o desemprego existente como desemprego aparente decorrente da transição entre empregos. *Ibid.*

Milton Friedman, um dos representantes da nova tendência, prega a proibição de que o Estado controle a atividade econômica, como forma de impedir a concentração de poder nele, sustentando ser preferível a disseminação de tal poder entre um grande número de pessoas, o que compensaria o poder do Estado, reforçando sua liberdade.³²

Além disso, os monetaristas de segunda geração (*“monetarists mark II”*) defendiam uma neutralidade da política econômica estatal, sustentando a teoria das expectativas racionais, segundo a qual os agentes econômicos privados, dispendo da mesma informação disponível aos poderes públicos e comportando-se racionalmente, antecipariam corretamente e de maneira plena quaisquer políticas públicas.³³

Tal fato faria com que as políticas econômicas fossem incapazes de ter efeitos reais sobre a economia, não restando ao Estado alternativa senão tentar enganar os agentes econômicos através de medidas de surpresa, incompatíveis com os imperativos da política econômica.³⁴

Segundo Avelãs Nunes “desta *neutralidade da política econômica* passa-se, quase sem solução de continuidade, à defesa da *morte da política econômica*, porque esta seria desnecessária, perniciosa e sem sentido.”³⁵

Trata-se da restauração dos mitos liberais relativos à separação entre Estado e economia e entre Estado e sociedade, cabendo ao primeiro apenas a tarefas de garantir a liberdade que garantiria, por si só, igualdade de oportunidades.³⁶

Avelãs Nunes observa, ainda, que os monetaristas teriam reabilitado não apenas Lei de Say, mas também a tese do desemprego voluntário³⁷, segundo a qual

³² NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* p. 592.

³³ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* p. 593. Trata-se da substituição da crença em uma racionalidade paramétrica pelo reconhecimento de uma racionalidade estratégica, como se verá adiante.

³⁴ NUNES, A. J. A. *ibid.*

³⁵ NUNES, A. J. A. *ibid.*

³⁶ NUNES, A. J. A. *ibid.*

³⁷ Como observa Keynes a ortodoxia econômica recusa-se a aceitar a existência do desemprego involuntário, e a teoria do desemprego voluntário considera essencialmente como decorrente da recusada mão-de-obra em aceitar trabalhar por uma remuneração equivalente à sua produtividade marginal, ou da impossibilidade de aí fixar a remuneração em virtude da legislação ou outros fatores. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 18.

em um mercado sem entraves, sendo a oferta de mão de obra superior à sua demanda seu preço baixaria até os empregadores considerarem rentável contratar mais trabalhadores. Segundo tal tese, “as economias tenderiam para uma determinada *taxa natural de desemprego*, que traduziria o equilíbrio entre a oferta e a procura de força de trabalho, qualquer que fosse a taxa de inflação.”³⁸

Esta maneira de encarar o problema do desemprego remete a um aspecto central do monetarismo:

Assim desvalorizado o problema do desemprego, compreende-se que as políticas de inspiração monetarista concedam prioridade absoluta ao combate à inflação, secundarizando o objetivo do pleno emprego (ou da redução do desemprego). Por entenderem que a inflação é sempre e em qualquer lugar um fenômeno exclusivamente monetário (resultante de um aumento da quantidade de moeda em circulação em maior medida que o aumento da produção), procuram combater a inflação essencialmente com base na redução do crescimento da oferta de moeda.³⁹

Observa Avelãs Nunes que a política anti-inflacionária apregoada pelos monetaristas opera pela contração da atividade econômica e, conseqüentemente, pelo aumento do desemprego. Segundo tal linha de pensamento, tal aumento do desemprego conduziria a uma redução dos salários reais, a uma conseqüente elevação da taxa de lucro das empresas e, por fim, a um aumento dos investimentos privados e reaquecimento da economia, redundando em um aumento do nível de emprego.⁴⁰

Para que tal modelo possa operar, é imprescindível a livre operação das leis de mercado, desaconselhando os monetaristas, conseqüentemente, a intervenção

³⁸ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* pp. 593-594. Como observa Avelãs Nunes, a tese articula-se em variadas e curiosas considerações acerca de noções como desemprego temporário (“*searching unemployment*”) em busca de um novo emprego (“*searching for a better job*”), livre escolha do trabalhador em aceitar uma redução em seu salário ou deixar seu atual posto de trabalho, entre outras. *Ibid.*, p. 594.

³⁹ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* pp. 595-596. Como é sabido o monetarismo é a principal corrente contraposta ao keynesianismo e suas políticas ao pregar o controle da inflação por meio de instrumentos monetários.

⁴⁰ NUNES, A. J. A. *id.* p. 596.

estatal e criticando aquilo que denominam de “monopólios sindicais”, considerando os sindicatos os principais responsáveis pelo desemprego.⁴¹

Também os subsídios estatais para os desempregados e as contribuições sociais para seu custeio são criticados pelos autores monetaristas neoliberais.⁴²

Quanto à temática, observa Avelãs Nunes:

A análise das propostas neoliberais leva-nos à conclusão de que elas significam o regresso às concepções pré-keynesianas, segundo quais a *diminuição dos salários reais* é a condição indispensável e decisiva para que possa reduzir-se o desemprego e possa promover-se o (pleno) emprego. Fora desta condição, as políticas assentes na expansão da procura global apenas gerariam inflação sem criarem postos de trabalho suplementares.⁴³

O autor lusitano sustenta que os neoliberais ignoram as lições da história e sustentam a depuração do mercado de trabalho das imperfeições ou falhas que nele foram introduzidas – seguro desemprego, salário mínimo e outras – assim como pelas deformações produzidas pelos sindicatos.⁴⁴

Conclusivamente, de se observar que os monetaristas criticam veementemente o princípio da responsabilidade social coletiva, considerando as políticas que visam à realização da justiça social como atentados à liberdade individual, como faz Milton Friedman.⁴⁵

⁴¹ NUNES, A. J. A. *ibid.* Como evidencia Avelãs Nunes: “A verdade, no entanto, é que os monetaristas entendem que o aumento da taxa média de desemprego se explica, não como consequência de quaisquer modificações tecnológicas ou estruturais da actividade económica que se traduzissem numa insuficiente criação de postos de trabalho, mas, essencialmente, pelo aumento da *taxa natural de desemprego*.” *ibid.*

⁴² NUNES, A. J. A. *id.* p. 597.

⁴³ NUNES, A. J. A. *id.* p. 598.

⁴⁴ NUNES, A. J. A. *id.* pp. 599-600. Hayek, por exemplo, atribui aos monopólios sindicais, juntamente com a tributação, o papel de principal fator de desencorajamento privado na produção. *Idem*, p. 601. Observa Keynes na Teoria Geral que “o argumento de que o desemprego que caracteriza um período de depressão se deva à recusa da mão-de-obra em aceitar uma diminuição dos salários nominais não está claramente respaldado pelos fatos. Não é muito plausível afirmar que o desemprego nos Estados Unidos em 1932 tenha resultado de uma obstinada resistência do trabalhador em aceitar uma diminuição dos salários nominais, ou de uma insistência obstinada de conseguir um salário real superior ao que permitia a produtividade do sistema económico.” KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 20.

⁴⁵ NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** *cit.* p. 602. No mesmo sentido, quanto ao particular, são as ponderações de Friedrich August Von Hayek, como se verá adiante.

Observa Nunes que se trata, no particular, de um regresso à tese de Adam Smith no sentido de que o mercado revelar-se-ia apto a realizar uma concordância automática entre interesse e justiça, tornando indissociáveis a liberdade econômica, a eficiência econômica e a equidade social, recusando-se legitimidade a todas as políticas estatais de redistribuição de renda.⁴⁶

O tema será abordado novamente em profundidade adiante, cabendo neste momento, após o breve sobrevôo das mudanças ocorridas no pensamento econômico examinar correntes de pensamento e Escolas dominantes e heterodoxas, com vistas a melhor compreender a Teoria Econômica contemporânea.

1.2 AS ESCOLAS DO PENSAMENTO ECONÔMICO

1.2.1 Primórdios do pensamento econômico

Evidencia John Kenneth Galbraith que os fenômenos que na atualidade são considerados tipicamente econômicos eram praticamente inexistentes na Antiguidade, razão pela qual a reflexão acerca dos mesmos é igualmente inexistente.⁴⁷

Algumas questões econômicas surgem no pensamento de Aristóteles (384-322 a.C.), mas a perspectiva seria completamente diversa da contemporânea, posto que as preocupações do mesmo giravam sobretudo em aspectos éticos.⁴⁸

Apesar de justificar a instituição da escravidão⁴⁹, a reflexão aristotélica condenava a prática da usura, considerando-a um locupletamento dos privilegiados sobre os menos privilegiados ou menos prudentes.⁵⁰

⁴⁶ NUNES, A. J. A. *ibid.*

⁴⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 9. Galbraith observa que o trabalho escravo e a marginalidade de bens de capital redundavam na ausência de salários e na condenação da cobrança de juros, o que impossibilitava na antiguidade helênica a existência de uma teoria de preços como concebida contemporaneamente. GALBRAITH, J. K. *id.*, pp. 11-12.

⁴⁸ GALBRAITH, J. K. *op. cit.* p. 9.

A condenação da cobrança de juros origina-se assim na Antiguidade e perdura ao longo de toda a Idade Média, somente sendo redimida após sua redefinição como um pagamento devido pelo capital produtivo.⁵¹ Observa John Kenneth Galbraith que

Sem salários e juros, não podia haver no mundo antigo uma teoria de preços no sentido moderno do termo. Os preços, de uma ou outra maneira, derivam dos custos de produção, e os custos de produção não eram uma função visível no lar escravocrata. De modo que a Aristóteles só restou perguntar se os preços seriam justos ou honestos, uma dúvida que continuaria sendo fundamental no pensamento econômico durante quase todos os dois mil anos seguintes e que é a origem da pergunta que ainda hoje se faz: Este é um preço *justo*? Nada ocupou tanto a atenção dos economistas através dos séculos quanto a necessidade de convencer as pessoas que o preço dado pelo mercado possui uma justificativa superior a qualquer contexto ético (...).⁵²

Por outro lado, o problema do aparente paradoxo consistente na existência de coisas com parca utilidade amplamente valorizadas, de um lado, e de coisas com grande utilidade mas com baixo valor, fora levantado já por Aristóteles, permanecendo insolúvel no pensamento econômico até o século XIX a questão da razão da discrepância entre valor de uso e valor de troca.⁵³

Aristóteles sustentava uma superioridade moral na atividade agrícola, concebendo o dinheiro como um facilitador de intercâmbio⁵⁴, sendo que condenava moralmente a atividade puramente dedicada ao lucro.⁵⁵

⁴⁹ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 19.

⁵⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 11. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 20. Como observa Galbraith, a ausência de capital originava o problema dos juros. Empréstimos são feitos ou com vistas a obter bens de capital ou capital de giro ou, alternativamente, para satisfazer necessidades pessoais urgentes ou alguma extravagância. Como na Grécia antiga os bens de capital tinham pouca importância visível na economia, a maioria dos empréstimos vinculava-se ao segundo tipo de consumo. GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁵¹ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁵² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 12. Acerca da concepção aristotélica de justiça nos contratos, veja-se FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 20.

⁵³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 12.

⁵⁴ GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 13-14; FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 21.

⁵⁵ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 14. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 19.

Ricardo Feijó relembra a distinção aristotélica entre *oikonomos* e *krematistiké*. A primeira expressão designava a satisfação das necessidades humanas pelo aprovisionamento e consumo de viveres, já a segunda diria respeito à acumulação de riquezas através de atividades especulativas como o comércio ou o empréstimo de dinheiro a juros. A economia abrangeria, nesta perspectiva aristotélica, apenas as atividades *naturais* de aquisição de riqueza – caça, pesca, agricultura, e.g. – ao passo que a crematística compreenderia os meios não naturais de acumulação de riqueza.⁵⁶

Portanto, a Antiguidade – como posteriormente a Idade Média – não foi terreno propício à elaboração de preocupações expositivas rigorosas da economia, mas precipuamente de juízos éticos a seu respeito.⁵⁷

As características da economia feudal também constituíram um fator impeditivo do desenvolvimento de um estudo sistemático da economia no medievo.⁵⁸ O Cristianismo, por sua vez, influenciou significativamente o pensamento econômico medieval.⁵⁹ De acordo com Galbraith, seu caráter igualitário e fraternal fundaria uma atitude de desconfiança relativamente à riqueza, assim como originaria uma noção de superioridade dos pobres em termos de virtude.⁶⁰

⁵⁶ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 19. Ensina Aristóteles no Capítulo IV do Livro I da Política que “a propriedade é uma parte do governo doméstico, e a arte de adquirir bens é uma parte da economia, pois nenhum homem pode viver bem, ou mesmo simplesmente viver, sem estar provido do necessário.” ARISTÓTELES. **Política** cit. p. 58. E, logo adiante, no Capítulo IX do mesmo Livro: “Mas há um outro tipo dessa arte, comumente chamada, e com razão, *a arte da riqueza*, e que parece, com efeito, não conhecer limites. Em virtude da afinidade que tem com a espécie que acabamos de falar, alguns pensam que se trata de uma e mesma coisa, mas não são, embora não sejam muito distantes (...).” ARISTÓTELES. **Política** cit. p. 67.

⁵⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** cit. p. 16.

⁵⁸ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 22. Como evidencia Galbraith: “O mercado, embora de importância crescente com o passar dos séculos, era um aspecto secundário da vida. As grandes massas de homens e mulheres do campo cultivavam, faziam ou matavam o que comiam ou vestiam, entregando uma parte à hierarquia de amos e senhores que lhes concedia o direito de agirem dessa maneira e que os protegia quando estavam assim empregados. (...) qualquer que fosse a relação entre o patrão e o empregado – tradicional, de obrigação ou de compulsão –, os produtos e serviços eram entregues (ou rendidos) e não vendidos.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁵⁹ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 30.

⁶⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** cit. p. 20.

Além de proporcionar a condenação moral da escravidão, por um lado, o cristianismo redimiu o trabalho, por outro, posto que o útimo era considerado uma atividade indigna pelo pensamento grego antigo.⁶¹

Segundo Ricardo Feijó, por influência do pensamento cristão “perguntas cada vez mais perturbadoras foram surgindo com relação à escravidão, à riqueza e à busca de enriquecimento – a tal ponto que uma certa distinção seria conferida dali em diante aos cristãos que faziam o voto de pobreza.”⁶²

É notória a objeção cristã relativamente à cobrança de juros, ponto central da relação entre cristianismo e economia – que representa uma continuidade para com o pensamento econômico antigo. A visão positiva acerca do trabalho convivia com a crítica veemente à prática da usura. Segundo Galbraith, “da mesmo forma como entre os gregos, o juro era visto como uma extorsão por parte dos [ricos] afortunados sobre os infelizes, os imprudentes ou os miseráveis pressionados por necessidades e obrigações superiores aos seus meios.”⁶³

O igualitarismo do cristianismo primitivo e seu caráter “comunista” chegaram à reprovação moral do acúmulo de riquezas, a partir do postulado da doação dos bens aos pobres, embora posteriormente tal reprovação tenha sido mitigada e a riqueza redimida.⁶⁴

Galbraith observa ser comum neste período a intrusão da Ética no âmbito do pensamento econômico, com indagações acerca da justiça das relações entre escravo e senhor, servo e soberano, proprietário e arrendatário.⁶⁵

É neste contexto que se situa o pensamento de Tomás de Aquino (1225-1274) que igualmente discorre sobre temas econômicos como o dinheiro e a usura. Sendo o comércio medieval dominado pelas corporações de ofício e, portanto,

⁶¹ FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 30-31.

⁶² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 20

⁶³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 21.

⁶⁴ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 31. As obras pias e de caridade, como a doação de esmolas, eram meios através dos quais os possuidores de bens poderiam redimir-se e garantir a salvação de suas almas. FEIJÓ, R. *id.* p. 31.

⁶⁵ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 22.

inequivocamente marcado por um traço monopolístico, as discussões acerca da justiça ou correção dos preços surgem como corolário.⁶⁶

Uma distinção basilar para a compreensão do pensamento econômico de Aquino – e do pensamento econômico medieval em geral – consiste naquela acerca da satisfação das necessidades e no atendimento do prazer.⁶⁷

Aquino considerava um grave pecado a prática da fraude e a venda de algo por um valor maior do que seu preço justo, assim como a compra de algo por menos do que vale.⁶⁸

Condenava ainda a usura⁶⁹, apregoando a ética no comércio e, neste, distinguia as atividades de intercâmbio orientadas à satisfação das necessidades das atividades comerciais puramente especulativas, condenando moralmente as últimas.⁷⁰

A Economia moderna procurará desvencilhar cada vez mais a discussão ética das questões econômicas, amoralizando de maneira crescente o estudo dos fenômenos econômicos e da organização econômica da sociedade. O processo de amoralização chega a seu ápice, no entanto, sob a égide da revolução marginalista no século XIX, como se verá.

⁶⁶ GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 23-24.

⁶⁷ FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 38-39.

⁶⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 24. Observa Galbraith: “Aqui então está a grande dialética da vida econômica, a existente entre a moral e o mercado. E, através dos séculos desde S. Tomás, o mercado tem sido evocado com ênfase teológica maior do que sobre a moral: ‘Deixe por conta do mercado’. ‘Eu cobro o que o mercado puder pagar’. E com tais reiterações o mercado triunfou; o preço justo de S. Tomás de Aquino tornou-se uma curiosidade teológica, algo em que nem um teólogo devoto leva a sério. E o mercado adquiriu uma poderosa moral própria. ‘Não se interfere no mercado.’ ‘Tem-se direito a um preço justo *de mercado*.’” GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 24-25.

⁶⁹ A condenação cristã da usura baseia-se implicitamente no conceito aristotélico de reciprocidade nas trocas, posto que com a cobrança de juros recebe-se mais do que se deu. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 37.

⁷⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 25. Observa Kenneth Galbraith que na *Summa Theologica* “os mercadores profissionais – corretores, intermediários, cambistas, especuladores – eram igualados aos emprestadores de dinheiro na desonra e opróbrio moral. Também aqui um longo processo de reabilitação iria se revelar necessário.” GALBRAITH, J. K. *id.* p. 26. Como observa Ricardo Feijó, o comércio meramente especulativo já era objeto de condenação moral por Aristóteles, excetuado aquele realizado apenas para fins de troca dos excedentes para a satisfação das necessidades humanas. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 19.

1.2.2 Mercantilismo

O pensamento econômico mercantilista surge por volta do século XVI, tendo vigorado no período entre 1500 e 1776 aproximadamente.⁷¹ Estão associados ao mercantilismo pensadores como Thomas Mun (1571-1641), Gerard Malynes (1586-1641), Charles Davenant (1656-1714), Jean Baptiste Colbert (1619-1683) e Willian Petty⁷² (1623-1687).

John Kenneth Galbraith menciona como articuladores dos princípios mercantilistas em seus escritos em França Antoine de Montchrétien (1576-1621), na Itália Antonio Serra, na Áustria Philipp W. von Hornick (1638-1712), na Alemanha Johann Joachim Becker (1635-1682), reconhecendo a Mun a posição mais proeminente.⁷³

O pensamento econômico mercantilista e a política econômica mercantilista devem ser compreendidos no marco do contexto histórico de seu surgimento, ou seja, no contexto da crise do sistema feudal e da emergência do capitalismo.⁷⁴

O novo contexto é caracterizado pela ascensão das cidades, pela preponderância do comércio, pela ampliação do uso da moeda, pelo significativo desenvolvimento da navegação, pelas grandes descobertas, pelo surgimento dos Estados nacionais⁷⁵ e pela intensificação das rivalidades nacionais em termos comerciais, o que irá explicar em boa medida as características do mercantilismo.⁷⁶

⁷¹ BRUE, S. L. **História do pensamento econômico**. Trad. Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 13. GALBRAITH aponta o período entre meados do século XV e do século XVIII. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 29. Naturalmente práticas mercantilistas ou identificáveis como tais provavelmente devem ter antecedido o período indicado e mantido-se em vigor após o mesmo em diferentes lugares. As datas, naturalmente, são meramente indicativas do período em que as correntes de pensamento mercantilistas revelaram-se dominantes.

⁷² Willian Petty é também apontado como um importante precursor da Economia Clássica. BRUE, S. L. *id.* p. 29.

⁷³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 40. Como observa Galbraith, a principal obra de Thomas Mun foi *England's Treasure by Foreign Trade or The Balance of our Foreign Trade is the Rule of four Treasure*, do ano de 1664.

⁷⁴ Segundo Galbraith, além de outros fatores, a proliferação dos mercados e a ascensão da classe mercadora exerceram forte impacto sobre as atitudes políticas e econômicas do período mercantilista. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 30-31.

⁷⁵ Segundo Galbraith, foi fundamental o surgimento e a consolidação da autoridade do Estado moderno, fruto de uma longa sequência de eventos e do declínio dos barões feudais. "Com a

A ascensão dos comerciantes e mercadores⁷⁷ e o concomitante declínio da aristocracia terratenente, dominante sob o feudalismo, modificam o pensamento e a prática econômicos do período, havendo inclusive uma revisão do *status* social dos comerciantes, anteriormente vistos como inferiores e doravante ostentando uma dignidade social crescente.⁷⁸

Considerado o relevo que adquire o comércio no período histórico em que emerge, o pensamento mercantilista enfatiza a maximização das exportações e na redução das importações ao mínimo necessário, propugnando uma política econômica em busca de uma balança comercial positiva.

Tal posicionamento revela a concepção do comércio internacional como um jogo de soma igual a zero, onde para alguém ganhar, alguém tem que perder, e no qual os Estados nacionais competem por recursos limitados.⁷⁹

Também é característico do mercantilismo, juntamente com o protecionismo, o metalismo⁸⁰, ou seja, a valorização dos metais preciosos como forma mais desejável de riqueza e, portanto, a defesa de um vínculo entre a riqueza de uma nação e seus estoques de ouro e prata.⁸¹

Associada à ideia de balança comercial favorável surge a visão positiva acerca do colonialismo e do monopólio das relações comerciais entre colônia e

ascensão do Estado nacional nasceu uma associação próxima, íntima mesmo, entre a autoridade do Estado e os interesses mercantis.” GALBRAITH, J. K. *op. cit.* p. 33.

⁷⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* pp. 13-14.

⁷⁷ “O mercador despontou das trevas feudais para tornar-se uma figura distintiva e, se fosse suficientemente afluente [*in recto*: rico] e operasse numa escala apropriada, bem-vinda e prestígio em sociedade.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 30.

⁷⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 14.

⁷⁹ BRUE, S. L. *id.* p. 14.

⁸⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 22.

⁸¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 14. Há que se observar existirem boas evidências de que o metalismo vincula-se ao militarismo: “Há muito que se acredita que a insistência mercantilista no acúmulo de ouro e prata como uma questão de Estado tenha sido uma falácia de composição. Não é, contudo, claro que tenha sido efetivamente. Aqueles foram anos de guerra contínua, como já observei. Os metais preciosos compravam navios e material bélico, e eram essenciais para sustentar os soldados em campanhas militares. Menções ao ouro e à prata como os ‘tendões da guerra’ são frequentes nos documentos da política mercantilista. Segue-se que os governantes estavam certos ao associarem o poderio militar e nacional a políticas que traziam ou pareciam trazer metais para dentro de suas fronteiras. O mercantilismo tinha raízes firmes na defesa nacional e na belicosidade nacional.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 37.

metrópole em favor desta, o denominado pacto colonial sob o qual os territórios dependentes ostentavam a desfavorável condição de fornecedores e matérias-primas baratas e de consumidores de bens manufaturados de alto custo.⁸²

O pensamento mercantilista tinha uma visão crítica relativamente a pedágios, impostos e outras restrições internas sobre a circulação de bens, caracterizando-se, no particular, por um traço de liberalismo.⁸³

No que se refere ao comércio internacional, o mercantilismo era marcadamente favorável à atuação estatal, posto que a tributação, a concessão de monopólios⁸⁴, as subvenções e outros mecanismos estatais eram concebidos como necessários para o atingimento da política econômica protecionista e voltada à balança comercial favorável desejadas pelo pensamento mercantilista.⁸⁵

Sob o mercantilismo grassa uma concepção protecionista do mercado interno, através da restrição às importações, e consolida-se uma proeminência do mercador ou comerciante, membro da classe social emergente, sobre o consumidor, o que significa que os interesses do primeiro preponderam sobre os interesses do último.

O mercantilismo valorizava a existência de uma população numerosa e trabalhadora, pois esta, além de fornecer os necessários soldados e marinheiros requeridos pelos traços de nacionalismo e militarismo que também o informavam, promoveria uma alta oferta de mão de obra e, conseqüentemente, uma baixa nos salários.⁸⁶

Segundo Stanley Brue o pensamento econômico mercantilista beneficiou não apenas os mercadores, mas também os reis e os funcionários do governo, eis que sob o mercantilismo verificava-se uma relação de recíproco auxílio, posto que os últimos favoreceriam os primeiros com a regulação e com a intervenção na

⁸² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 15. Era regra a proibição da manufatura e indústria locais, como observa o autor e como ilustra a história do Brasil colônia.

⁸³ BRUE, S. L. *ibid.*

⁸⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 36. Evidencia Galbraith: “Com o passar dos anos e da era mercantilista, o mercado competitivo se tornaria um totem religioso, com o monopólio sendo a única falha grave num sistema doutra forma perfeito.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁸⁵ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 37. BRUE, S. L., S. L. *op. cit.* pp. 15-16. Em função dos interesses da nova classe social emergente, a intervenção protetiva do mercado nacional era bem-vista.

⁸⁶ BRUE, S. L. *id.* p. 16. Esta concepção se manterá sob a égide da Escola Clássica.

economia, bem como com a repressão e, em troca, obteriam benefícios econômicos.⁸⁷

Ao mercantilismo coube a autoria de algumas contribuições importantes para o pensamento econômico posterior, como a ênfase na importância do comércio internacional, o desenvolvimento da contabilidade e do conceito de balança de pagamentos⁸⁸, o resgate da respeitabilidade dos mercadores e comerciantes, o nacionalismo, a regulação da economia, a criação de pesos e medidas e leis uniformes que favoreceram o comércio e o desenvolvimento econômico.⁸⁹

Um aspecto fundamental acerca da contribuição do mercantilismo para com o pensamento econômico é a compreensão de que foi sob ele que houve uma ruptura definitiva com as atitudes éticas que informavam o pensamento econômico sob a inspiração de Aristóteles e Agostinho.⁹⁰ Segundo Galbraith

Uma vez que os mercadores buscavam ostensivamente a riqueza e viviam numa sociedade sobre a qual tinham influência (talvez até a controlassem), a dedicação às riquezas perdeu sua conotação maligna ou dúbia. Os mercadores tinham a consciência tranquila. O protestantismo e o puritanismo podem ter ajudado mas, como sempre, a fé religiosa adaptou-se às circunstâncias e necessidades econômicas.⁹¹

O autor observa que a cobrança de juros, vista como pecado sob o pensamento antigo e medieval, como já observado, passa a ser considerada normal, e a noção de preço justo deixa de ser importante.⁹²

⁸⁷ BRUE, S. L. *id.* p.17. Como observa Alexander Gray, citado por John Kenneth Galbraith, “o mercantilismo foi tudo menos um ‘sistema’; foi primordialmente um produto das mentes de estadistas, de altos funcionários públicos, e de líderes financeiros e comerciais da época.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 29.

⁸⁸ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 37.

⁸⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 20.

⁹⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 34.

⁹¹ GALBRAITH, J. K. *op. cit.* p. 34. Observe-se que a visão de Galbraith parece ser diametralmente oposta à tese de Max Weber (1864-1920) em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* (1904).

⁹² GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 34-35. Galbraith observa, ainda, que havia pouco espaço para a questão dos salários no pensamento mercantilista. Segundo o autor “Os trabalhadores distantes – fossem eles escravos, contratados ou livres – que produziam os tecidos, as especiarias, o açúcar ou o fumo em terras remotas, do ocidente e do oriente, não precisavam ser considerados. E nem mesmo aqueles mais próximos. A manufatura de cada nação era basicamente uma atividade doméstica: marido, mulher e filhos transformavam em tecido as matérias-primas fornecidas a eles

Ainda é importante observar, com base em Galbraith, que é sob o mercantilismo que surgem os fundamentos da empresa, essa que, na ótica do autor, estaria destinada a tornar-se a instituição econômica dominante na contemporaneidade.⁹³

Na opinião desse autor, o fim do mercantilismo dá-se com a Revolução Industrial, com a Revolução Americana e com a publicação da Riqueza das Nações por Adam Smith, no ano de 1776.⁹⁴

1.2.3 Fisiocracia

No século XVIII advém o pensamento que sucederá o mercantilismo, a saber, surge em França a fisiocracia. A orientação é importante a ponto de ser considerada como fundadora da Ciência Econômica por Charles Gide e Charles Rist em seu clássico História das Doutrinas Econômicas, relegando-se o papel do mercantilismo a mero precursor.⁹⁵

Como observa Galbraith, os autores filiados a esta orientação denominavam a si próprios *Les Économistes*, ao passo que foram posteriormente designados com a expressão *fisiocratas*.⁹⁶ Considera-se o ano de 1756 como marco do nascimento do pensamento fisiocrático, por tratar-se do ano em que François Quesnay (1694-1774), um de seus maiores expoentes, publica um artigo sobre economia na *Encyclopédie* de Diderot e D'Alembert.⁹⁷

pelo mercador. Novamente aqui, nenhum salário era pago. O mercador simplesmente pagava pelo trabalho o quanto fosse necessário para obter o produto. Não havia nada sobre o qual se erigir uma teoria dos salários, de modo que nenhuma foi proeminente no pensamento mercantilista.” GALBRAITH, J. K. *id.* p. 35.

⁹³ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 38.

⁹⁴ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 29.

⁹⁵ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 22.

⁹⁶ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 44. O autor chama a atenção para o sentido da expressão, qual seja, “aqueles que afirmam o domínio da natureza.” GALBRAITH, J. K. *ibid.* GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 24, nota de rodapé. Os autores atribuem a Dupont de Nemours a criação da expressão fisiocrata. GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

⁹⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 33.

O pensamento fisiocrata teria tido seu apogeu no período entre 1756 e 1776⁹⁸, pois neste último ano um de seus principais representantes, Anne Jacques Robert Turgot (1727-1781), perde seu cargo no governo francês⁹⁹, e, no mesmo ano, Adam Smith (1723-1790), principal expoente da então nascente Escola Clássica, publica sua obra *A Riqueza das Nações*.¹⁰⁰

De acordo com John Kenneth Galbraith, os três principais nomes da fisiocracia são os já citados Quesnay e Turgot, e ainda Pierre Samuel du Pont de Nemours (1739-1817), Marquês de Lafayette.¹⁰¹

O movimento fisiocrata constituiu uma reação à orientação mercantilista até então predominante.¹⁰² O propósito da orientação fisiocrata era o de preservar, mediante reformas, a precedência e os privilégios da sociedade proprietária de terra, afastando as pretensões do capitalismo mercantil e industrial emergente.¹⁰³

Os fisiocratas propugnam maior liberalismo econômico¹⁰⁴, pois consideravam que a regulamentação excessiva da produção em função do intervencionismo promovido pelo mercantilismo constituía um entrave ao desenvolvimento industrial na França.¹⁰⁵

Comentando a regra norteadora das leis e do governo para os fisiocratas (*laissez-faire, laissez-passer*), um dos principais legados da fisiocracia segundo Galbraith, este distingue o *laissez-faire* técnico ou restrito do *laissez-faire* teológico:

Estas quatro palavras, o maior legado dos Fisiocratas, possuem vários níveis de significado. Posteriormente, *laissez-faire* seria identificado pelos economistas aos feitos e realizações do mercado competitivo – o resultado mais preferível, ainda que nem sempre agradável, que deveria ser preferido

⁹⁸ Para Gide e Rist, o período de 1756 a 1778. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 23.

⁹⁹ Como observa Galbraith, Turgot, prejudicado por uma má safra, é substituído por Jacque Necker. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 45.

¹⁰⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 33.

¹⁰¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 45.

¹⁰² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 33.

¹⁰³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 46.

¹⁰⁴ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹⁰⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 34. Com efeito, à época, como visto, o comércio e a indústria ainda eram objeto de forte regulamentação.

a qualquer intervenção do Estado. Este talvez possa ser denominado um *laissez-faire* técnico ou restrito. Mas *laissez-faire* também podia ser um brado de revolta contra a intervenção governamental, qualquer que fosse a sua forma e quaisquer que fossem suas finalidades sociais. Deixe as coisas correrem sozinhas em tudo exceto na defesa nacional, e elas se resolverão por si. Este poderia ser chamado de *laissez-faire* teológico. Um poder maior asseguraria o melhor resultado possível.¹⁰⁶

Um ponto basilar da fisiocracia consistia na concepção de que apenas a natureza realmente criaria o valor, concepção esta que fazia com que os fisiocratas enfatizassem a agricultura, considerando as demais atividades econômicas, como o comércio e a indústria artesanal, secundárias.¹⁰⁷ A ênfase do pensamento dos fisiocratas recaía, portanto, na produção como fonte da riqueza, e não no comércio.¹⁰⁸

Como recorda Galbraith, a concepção de que a agricultura seria o único setor produtivo – posto ser o valor dos produtos agrícolas maior do que o dos insumos – correspondia ao conceito de *produit net*¹⁰⁹, ou “produto líquido”, com base no qual se defendia que toda a riqueza teria como origem exclusivamente a agricultura, e nenhum outro setor da economia, profissão ou ocupação.¹¹⁰

¹⁰⁶ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 46. Conclui Galbraith: “O *laissez-faire* teológico é uma força extraordinária mesmo em nossa época, principalmente em Washington na década de 1980. Manifesta-se vigorosamente no modo como diversos empresários modernos encaram o Estado, isto é, até o momento em que a falência iminente, uma concorrência estrangeira por demais violenta ou alguma outra portentosa desventura exigir o retorno a uma ação estatal mais secular.” GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 46-47.

¹⁰⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 35. Tal concepção deriva da ideia de que apenas as matérias primas realmente *criariam* o valor, sendo que as demais atividades nada mais fariam do que transformá-lo. Como evidenciam Gide e Rist, não se trata de recusar-lhes a importância ou utilidade, mas de afirmar sua esterilidade na produção de novas riquezas. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 34.

¹⁰⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 37.

¹⁰⁹ Como esclarecem Gide e Rist, “toda operação produtiva implica, necessariamente, certos encargos, isto é, determinado consumo de riquezas que, evidentemente, será deduzido da riqueza criada no decurso da operação produtiva. E, como se compreende, só o excedente desta sobre aquela pode constituir o acréscimo real das riquezas. É o que os fisiocratas chamam (e o que, com efeito, toda a gente depois chamou) o *produto líquido*. Mas os fisiocratas julgaram descobrir que este produto líquido era exclusivo de certa categoria de operações produtivas na indústria agrícola. Só aí, dizem eles, a riqueza criada ultrapassa a consumida.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 32-33.

¹¹⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 47, GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 33. Gide e Rist afirmam que as distinções fisiocráticas entre produção agrícola e industrial tinham também inspiração teológica, considerando-se de obra divina a produção da terra. GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 35.

Como observa o autor, a ideia de *produit net* era o esteio da estrutura de classial defendida pelos fisiocratas, encimada pelos proprietários de terras, seguida pela classe produtiva que se dedicava à agricultura e à pecuária e somente então vindo a classe “não-produtiva” dos mercadores¹¹¹, artesãos e industriais, uma nítida defesa dos interesses da aristocracia proprietária de terras.¹¹²

À época do surgimento do pensamento fisiocrático, a Revolução Industrial ainda não ocorrera, razão pela qual a baixa produtividade da indústria fundava a visão dos fisiocratas no sentido da primazia da agricultura sobre a indústria.¹¹³

Importante observar que marcava ainda o pensamento fisiocrático a ideia de economia como ordem natural.¹¹⁴ Com efeito, o próprio nome da escola faz referência à natureza – do grego, *fisio*, natureza e *cratos*, força, poder.¹¹⁵

Verifica-se aqui uma ideia que seguirá pela posteridade até nossos dias: a concepção de que leis naturais governariam as sociedades humanas do mesmo modo que as leis da física governariam o mundo físico. Tal concepção assenta as bases da compreensão de que as atividades humanas deveriam ser mantidas em

¹¹¹ Como observar Gide e Rist, na ótica fisiocrática “a troca em si, reduzida ao ato único e essencial *do ut des* (‘dou para que dê’), nada produz, porque, por definição, ela implica a equivalência dos valores trocados. Ora, se cada uma das duas partes retira precisamente o equivalente do que entregou, onde estará a nova riqueza criada? É certo que a troca pode ser leonina e enriquecer uma das partes à custa da outra, mas também neste caso não há criação de riquezas visto que uma ganha o que a outra perde.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 48.

¹¹² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 47. Como observam Gide e Rist, “De qualquer modo, esta ideia de que a Natureza ou Deus, por intermédio da terra, tenha criado o valor, pareceu bem fundamentada, pois veremos Adam Smith torná-la sua numa certa medida. Só com Ricardo, por uma total inversão dos papéis, o rendimento das terras deixou de aparecer como uma benção da natureza e da terra, *alma Parens*, destinado a aumentar à medida que a ordem natural se afirmasse, e surgiu, pelo contrário, como consequência da limitação da fertilidade da terra, não já dádiva gratuita de Deus aos homens, mas como uma taxa antecipadamente fixada pelo proprietário sobre o consumidor; então este rendimento deixou de se chamar *produto líquido* para chamar-se *a renda*.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 37.

¹¹³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 36.

¹¹⁴ Observam Charles Gide e Charles Rist que Quesnay declarara que “nada havia a procurar nem a inventar, visto que todas as relações entre os homens eram reguladas por leis, leis admiráveis cuja evidencia se impunha a quem uma vez abrisse os olhos, e nenhum espírito razoável podia contestar a sua autoridade mais do que em relação às leis da Geometria: bastava compreendê-las para lhes obedecer.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 22.

¹¹⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 35. Há, portanto, segundo a literatura, dois sentidos para a expressão *fisiocracia*, a saber, poder da natureza, única criadora do valor e, ao mesmo tempo, ordem econômica como ordem natural. A segunda permanecerá importante até nossos dias, embora tal conceito de leis econômicas naturais de forma providencial será posteriormente criticado como anti-científico, como observam Gide e Rist. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 22-23.

conformidade com tais leis naturais.¹¹⁶⁻¹¹⁷ Como evidenciam Charles Gide e Charles Rist,

A concepção essencial do sistema dos fisiocratas é a de ordem natural. A '*Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*', tal é o título que Mercier de la Rivière deu ao seu livro. Dupont de Nemours definiu a fisiocracia como 'a ciência da ordem natural'. Mas, que se deve entender por estas palavras? Em primeiro lugar, evidentemente, é preciso entendê-las como opostas à concepção duma *ordem social*, artificial, criada pela vontade dos homens. (...)¹¹⁸⁻¹¹⁹

Para se conformar à ordem natural sustentada pelos fisiocratas é necessário conhecê-la em primeiro lugar, razão pela qual aqueles autores insistem no papel primordial da evidência, embora eles não tenham sido claros sobre a maneira pela qual deveria ser obtida.¹²⁰

¹¹⁶ Remonta ao menos aos fisiocratas a concepção segundo a qual a ordem econômica seria regida por leis naturais insuscetíveis de alteração pela vontade ou pelos desígnios humanos, visão esta que servirá de vetor do liberalismo econômico até nossos dias.

¹¹⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 35.

¹¹⁸ Gide e Rist observam a incompatibilidade desta visão com aquela esposada por Rousseau, em diversos aspectos: para um pensamento como o fisiocrático nada há a se procurar ou criar (como o contrato social). Além disso, instituições como a propriedade são vistas como manifestações das leis naturais. Por fim, para eles interesse e dever confundem-se, concepção esta oposta à do helvécio: "para os fisiocratas, o interesse e o dever confundem-se, visto que, procurando o seu interesse, o indivíduo realiza o bem de todos; enquanto que, para Rousseau, o interesse e o dever são antagônicos e o primeiro deve ser vencido pelo segundo." GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 26, nota de rodapé n. 8.

¹¹⁹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 26-27. Os autores evidenciam que a noção de economia como ordem natural sustentada pelos fisiocratas não significa, apenas, a noção de que as sociedades humanas seriam regidas por leis naturais semelhantes àquelas regentes do mundo físico ou das sociedades animais (p. 28), mas, igualmente, "a ordem estabelecida por Deus para a felicidade dos homens: é a ordem providencial." GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 29. Mais adiante, concluem os autores franceses: "Esta concepção dogmática e otimista devia dominar toda a escola clássica e particularmente a escola francesa, mesmo quando a fé na Providência cedesse o lugar à fé nas *leis naturais*." GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 30.

¹²⁰ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 29. Evidenciam os autores: "pode-se dizer que a ordem natural era aquela que aparecia como 'evidentemente' a melhor, não importa a quem, mas a espíritos razoáveis, cultos, liberais, tais como o eram os fisiocratas. Esta ordem natural não era a que a observação dos fatos teria podido revelar-lhes, mas aquela que eles traziam em si próprios. Eis porque, entre outras leis, o respeito pela propriedade e pela autoridade lhes aparecia como a base evidente da ordem natural." GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 30.

A ordem natural fisiocrática, sendo supranatural, revelar-se-ia superior às contingências da realidade, além de universal e imutável como a ordem geométrica, sendo sempre a mesma para todos os homens em todos os tempos.¹²¹

Galbraith evidencia que o pensamento fisiocrata baseava-se na concepção de direito natural, que os fisiocratas consideravam regente da economia e da sociedade e cuja primazia sobre o direito legislado sustentavam.¹²² Assim, os fisiocratas defendiam a redução da regulação estatal na economia, opondo-se a um só tempo ao feudalismo e ao mercantilismo e seu intervencionismo.¹²³

Como observa Galbraith, o direito natural fundamentava a argumentação fisiocrática contra o mercantilismo, as instituições destes, como concessões, monopólios, restrições protecionistas e corporações, estariam em conflito com a lei natural.¹²⁴

Os fisiocratas sustentavam que a ordem natural seria assegurada pela persecução por cada indivíduo de seus próprios interesses, sendo de sua natureza a inseparabilidade do interesse particular de cada um do interesse comum de todos, sob um regime de liberdade.¹²⁵

Como evidenciam Gide e Rist, a ideia de ordem econômica como ordem natural “fez desmoronar todo o edifício de regulamentações que era o do antigo regime sob o ponto de vista econômico”, pois não bastava conhecer a ordem natural, segundo a doutrina fisiocrática, fazendo-se necessário conformar-se à mesma.¹²⁶

¹²¹ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹²² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** cit. p. 46. Nas palavras de Galbraith: “A lei dos reis e dos legisladores só é tolerável quando harmônica com a lei natural ou quando for considerada uma extensão limitada desta.” A propriedade, assim como a decorrente liberdade de comprar e vender, são direitos naturais. GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹²³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 35. Como observa Stanley Brue, a distinção entre o liberalismo dos mercantilistas e o liberalismo dos fisiocratas radica especialmente na circunstância de que os primeiros defendiam um liberalismo no âmbito do mercado interno, ao passo que os segundos já sustentavam o *laissez-faire* nos âmbitos interno e internacional, tendência que será radicalizada na Escola Clássica – veja-se o papel desempenhado pelo mercado e por suas dimensões na *Riqueza das Nações* de Adam Smith.

¹²⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** cit. p. 47.

¹²⁵ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 31. « *Le monde va lui-même, laissez-faire, laissez-passer.* »

¹²⁶ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*: “O que fazer para isto? Nada mais simples, visto que esta ordem natural é ‘evidentemente a mais vantajosa para o gênero humano’. Ora cada indivíduo saberá encontrar,

O pensamento fisiocrata antecipou, com efeito, aspectos teóricos (ou doutrinários) que permanecem basilares às concepções econômicas contemporâneas. Gide e Rist afirmam que o princípio hedonístico basilar ao neoclassicismo, fundamental à racionalidade de custo-benefício do *homo economicus*, já se encontra presente no pensamento de Quesnay.¹²⁷

Os fisiocratas abordaram ocasionalmente a questão dos preços e dos salários, que entendiam encontrarem-se no nível de subsistência.¹²⁸ Registre-se que os fisiocratas foram os primeiros a dedicar-se ao estudo da interrelação entre os diversos setores de uma economia, inaugurando as análises sobre o fluxo de bens e dinheiro.¹²⁹

Ilustra esta afirmação o célebre “*Tableau Économique*” elaborado por Quesnay no ano de 1759, considerado a primeira tentativa de análise sistêmica da economia, representando o fluxo de mercadorias e dinheiro através dos vários setores interligados da economia.¹³⁰

Segundo Gide e Rist, “os fisiocratas foram os primeiros a estabelecer uma teoria sintética da distribuição dos rendimentos. Quiseram demonstrar – e isto foi seguramente uma ideia genial – que as riquezas circulam por elas próprias, duma classe social para a outra (...)”.¹³¹

Observam os autores franceses, ainda, que a despeito de suas importantes contribuições de caráter bastante vanguardista e durável para a teoria econômica,

naturalmente, o caminho que lhe é vantajoso; ele o encontrará livremente e sem que seja necessário qualquer força coercitiva, qualquer arma que o obrigue.”

¹²⁷ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹²⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 49.

¹²⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 36.

¹³⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 39; Nas palavras de Galbraith: “Houve, contudo, uma outra contribuição dos Fisiocratas, há muito considerada uma novidade desnecessária e ociosa, mas com grande impacto em nossa época. Concebida por François Quesnay e denominado *Tableau économique*, este engenhoso diagrama pretendia mostrar o fluxo de produtos: do agricultor ao proprietário ou senhorio, deste ao mercador e até às classes estereis (fabricantes e outros). Visava esclarecer também como o dinheiro, por diversas rotas, acaba fluindo de volta para o agricultor. Mostrava-se assim como cada parte da economia – cada um dos seus principais setores ou interesses – servia e era compensada por cada uma das outras. O mecanismo de compra e venda era revelado, portanto, como um sistema inteiramente interligado.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 49.

¹³¹ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 39.

os fisiocratas desempenharam um papel importante também no domínio da política econômica.¹³²

Quanto ao comércio, como é sabido, na ótica fisiocrática nenhuma riqueza criada, haja vista a assunção, por aqueles autores, das premissas da equivalência dos valores nas trocas e de uma concepção puramente objetiva do valor.¹³³

Assim, consideravam os comerciantes como classe estéril, dada a incapacidade do comércio, interno ou externo, criar qualquer riqueza real, mas apenas lucro – perdido por um e ganho por outro.¹³⁴

No entanto, em lugar de sustentar a proibição ou a regulação do comércio, propugnavam o livre comércio, seja por oposição ao regime mercantilista anterior, seja pela ideia de implicação necessária da ordem natural, seja por assegurar o bom preço – não necessariamente um preço barato.¹³⁵

Quanto à intervenção do Estado na ordem social e econômica, deve-se recordar que os fisiocratas sustentavam a redução da máquina legislativa. Em seu ponto de vista, partindo da ideia de ordem natural, propugnavam serem as leis novas mera tradução das leis não escritas da natureza.¹³⁶

Afirmava Quesnay, por exemplo, que “nem os homens nem os seus governantes fazem as leis; nem podem fazê-las. *Reconhecem-nas* como de acordo com a razão suprema que governa o universo e trazem-nas ao seio da Sociedade... Por isso se chamam *portadores de leis, legisladores*, e nunca se ousou chamar-lhes *fazedores de leis, legisfatores*.”¹³⁷

¹³² GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 47.

¹³³ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 48. Como observam aqueles autores, “Hoje (...) os economistas fazem notar que, se eu troco a minha garrafa pelo vosso pão, é sem dúvida porque eu tinha mais fome do que sede, enquanto que, inversamente, vós tínheis mais sede do que fome: por consequência, a garrafa ganhou em utilidade passando de mim para vós, como o pão passando de vós para mim; e neste duplo aumento de utilidade vemos um verdadeiro aumento de riqueza. Mas este raciocínio pareceu absurdo aos fisiocratas porque, só concebendo a riqueza sob a forma material, não podiam compreender que uma criação de utilidade puramente subjetiva pudesse classificar-se de produtiva.” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹³⁴ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 48-49. A visão fisiocrática do comércio era tão diversa da mercantilista que Mercier de la Rivière chega mesmo a definí-lo como um mal necessário. GIDE, C.; RIST, C. *id.*, p. 49.

¹³⁵ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 50.

¹³⁶ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 55.

¹³⁷ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

Apesar disso, não eram contrários à autoridade e à hierarquização social, sendo, antes, defensores de monarquias hereditárias fortes e contrários à separação dos poderes e à descentralização geográfica do poder político.¹³⁸

Em aparente contradição com seu liberalismo econômico, defendiam o despotismo, compreendido como ordem natural à qual todo homem razoável deve conformar-se.¹³⁹ Como observam Gide e Rist, “este despotismo da ordem natural encarna-se, sem dúvida, numa pessoa que é a do soberano, do rei, mas esta só tem a missão de servir de órgão às leis superiores que não fez.”¹⁴⁰

Sobre esta concepção fisiocrática convém citar textualmente os economistas franceses que ensinam qual era a ordem natural que caberia ao monarca defender:

(...) se para os fisiocratas, esta soberania se revelava sob a figura duma monarquia hereditária, é porque, como assinalamos noutro lugar, eles ligavam a soberania à propriedade, à maneira do regime feudal; ora, do mesmo modo que a hereditariedade se liga à propriedade da terra, também deve ligar-se à função real. Para os fisiocratas, o soberano que representava o tipo ideal do déspota com que sonhavam era o imperador da China: nele se reuniam todos os caracteres idealizados. Como *filho do Céu*, representava a ordem natural que é ao mesmo tempo a ordem divina.¹⁴¹

A mais importante e primordial das tarefas do soberano consistiria na defesa da propriedade sob todas as suas formas.¹⁴² Além destas funções, indicavam outras parcas funções, especialmente a de prover instrução, liame social e garantia contra a degeneração do despotismo fisiocrático em despotismo pessoal e, por fim, realizar

¹³⁸ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 55-56.

¹³⁹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 57: “Este despotismo, então, é totalmente diverso do referido na máxima do poder absoluto dos antigos legistas, *sicut Principi placuit legis habet vigorem* (‘o que agrada ao príncipe tem força de lei’). Eles negam, em absoluto, a idéia de que a vontade do povo faça lei, mas note-se que não negam menos energicamente que a vontade do príncipe também a possa fazer!” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹⁴⁰ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 57. Arrematando os autores: “Será necessário notar como esta concepção do Estado é diferente e até inversa da que, mais tarde, os intervencionistas e socialistas defenderam, a que dará ao Estado a missão de *corrigir as injustiças das leis naturais?*” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹⁴¹ GIDE, C.; RIST, C. p. 58. Concluindo com uma citação de Dupont sobre a função do soberano: “Vereis (reis e governantes) como é fácil o exercício das vossas funções sagradas que, principalmente, consistem em não impedir o bem, que se faz por si próprio, e em punir o pequeno número daqueles que atentem contra a propriedade privada.” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹⁴² GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 58-59.

trabalhos públicos, como estradas e canais, benéficos para aumentar os rendimentos da propriedade rural.¹⁴³

Por fim, quanto à tributação, há que se observar que para a consecução das funções que são cometidas ao Estado pelos fisiocratas – proteção da propriedade e criação de estruturas públicas para aumento do rendimento das terras – faz-se necessário o financiamento do Estado por seu intermédio.¹⁴⁴ Sugeriam uma tributação única sobre a produção, em percentuais variáveis¹⁴⁵, mas não aprofundar-se-á a temática aqui, por não ser essencial à exploração da temática proposta.¹⁴⁶

1.2.4 Escola Clássica

As origens da Escola Clássica remontam a 1776, ano de publicação pelo escocês Adam Smith (1723-1790) da clássica obra *A Riqueza das Nações*¹⁴⁷, abreviação do título original da obra, *Uma investigação sobre as causas da riqueza das nações*.¹⁴⁸

São considerados precursores da Escola Clássica Dudley North (1641-1691), Richard Cantillon (1680-1734) e David Hume (1711-1776), e integrantes da Escola Adam Smith (1723-1790), Thomas Malthus (1766-1834), David Ricardo (1772-1823),

¹⁴³ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 59. Concluem Gide e Rist: “E isto é quasi tudo. Eis a enumeração das funções do Estado, que se manterão as mesmas, sem muitos retoques, para toda a escola econômica liberal, até aos nossos dias.” (sic) GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

¹⁴⁴ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 60.

¹⁴⁵ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 61.

¹⁴⁶ Sobre a visão fisiocrata sobre a tributação remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 60 e ss.

¹⁴⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 53; BRUE, S. L. *op. cit.* p. 46.

¹⁴⁸ *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica.** Trad. José R. B. Azevedo e Maria J. C. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 37. Segundo este autor, “Smith se distingue de todos os economistas que o antecederam, não só por sua formação acadêmica e pela vastidão de seus conhecimentos, como também porque foi o primeiro a elaborar um modelo abstrato completo e relativamente coerente da natureza, da estrutura e do funcionamento do sistema capitalista.” HUNT, E. K. *ibid.*

Jeremy Bentham (1748-1832), Jean-Baptiste Say (1767-1832), Nassau William Senior (1790-1864) e John Stuart Mill (1806-1873).¹⁴⁹

Como nos casos precedentes, o contexto histórico do advento da escola¹⁵⁰ é essencial para sua compreensão. Observa Stanley Brue que a Escola Clássica sofre os influxos de duas importantes revoluções, quais sejam, a Revolução Científica e a Revolução Industrial.¹⁵¹

A Revolução Científica ocorrida no século XVII inaugurou um período histórico marcado pela confiança na evidência experimental e pela convicção de que todo o universo seria regido por leis naturais.¹⁵²

Assim, em função das influências recebidas da Revolução Científica, a Escola clássica passa a sustentar a dispensabilidade das instituições e controle feudais ou mercantis sobre a ordem econômica, vista como ordem regida por leis naturais.¹⁵³

Portanto, os economistas da Escola Clássica sustentavam o princípio do *laissez-faire, laissez-passer*, rechaçando a intervenção do Estado na economia e propugnando sua redução, pois consideravam que as leis naturais conduziriam o sistema econômico e as ações das pessoas, independentemente de qualquer intervenção estatal.¹⁵⁴

Ressalte-se as profundas mudanças presentes na transição de uma visão de mundo em que usura era considerada pecado, em virtude do *ethos* cristão

¹⁴⁹ Sobre a Escola Clássica e seu expoente Adam Smith veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 74 e ss.

¹⁵⁰ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 37 e ss.

¹⁵¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. Acerca da influência de tal contexto sobre a economia e sobre o pensamento econômico remete-se a GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 52. Ensina Hunt: “O modo de produção capitalista, após finalmente romper os grilhões do feudalismo e superar o período transitório do mercantilismo, atingiu seu clímax e revelou com mais clareza suas características socioeconômicas intrínsecas na Revolução Industrial, que ocorreu primeiro na Inglaterra e na Escócia, por volta das três últimas décadas do século XVIII e começo do século XIX, e difundiu-se por muitas partes da Europa Ocidental no início do século XIX.” HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 37-38.

¹⁵² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 47.

¹⁵³ BRUE, S. L. *ibid.* Nesse aspecto, como visto, fora precedida pela fisiocracia que, quanto ao particular, pode ser considerada como precursora do pensamento clássico.

¹⁵⁴ BRUE, S. L. *ibid.* Esta concepção está presente na metáfora da mão invisível do mercado smithiana. SMITH, A. **Riqueza das nações, A:** investigação sobre sua natureza e suas causas. v. I. Trad. Luiz J. Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 438. Sobre o liberalismo econômico no pensamento clássico veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 119.

predominante, e em que a ordem social fundava-se na herança de *status* por uma visão de ordem social e econômica em que a busca do interesse próprio produzia o melhor resultado possível em função das leis naturais de mercado.¹⁵⁵

A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, também influenciou a Escola Clássica, embora na época das origens desta estivesse aquela ainda em seu início. Tal influência se deu especialmente em função do crescimento significativo da manufatura, do comércio e das invenções, bem como pela intensificação da divisão do trabalho¹⁵⁶, fazendo com que a Escola fosse caracterizada por uma maior ênfase no aspecto industrial da vida econômica¹⁵⁷, diferentemente do que ocorrera com os fisiocratas, como visto.

Além do liberalismo econômico característico da Escola Clássica e conexas com ele está sua compreensão de que o melhor governo seria um governo de atuação mínima, regulador da economia no menor grau possível. Afirma-se aqui a crença na Escola Clássica sobre o caráter autoajustável ou autorregulador da economia, que tornaria despreciosa a intervenção estatal para produzir resultados economicamente eficientes e mesmo socialmente justos.¹⁵⁸

Outra premissa do pensamento econômico clássico é o caráter autointeressado do comportamento econômico, segundo o qual a lei essencial da natureza humana é o comportamento egoísta, em busca dos maiores lucros ou salários, com vistas à satisfação dos desejos e das necessidades.¹⁵⁹

¹⁵⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 47. Segundo Brue: “O pensamento newtoniano, na economia clássica, forneceu uma ideologia que justificou as rendas da propriedade. Como uma lei natural é melhor quando deixada desobstruída e como a poupança privada e a moderação contribuem para o bem da sociedade, a renda, o juro e os lucros são apenas recompensas para a propriedade e o uso produtivo da riqueza.” BRUE, S. L. *ibid.*

¹⁵⁶ Observa Galbraith acerca de Smith: “O que atraiu sua atenção não foram as máquinas que caracterizaram a Revolução Industrial, mas a maneira como as tarefas estavam divididas tornando cada trabalhador um especialista numa parte ínfima da tarefa. (...) Desta especialização, desta divisão do trabalho, nasceu a grande eficiência das empresas contemporâneas.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 53-54.

¹⁵⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 47.

¹⁵⁸ BRUE, S. L. *id.* p. 48. Como observa Galbraith, esta é uma radical mudança de perspectiva: “Até então, pessoa preocupada com seu próprio enriquecimento havia sido objeto de dúvida, desconfiança e suspeita, sentimentos que vinham desde a Idade Média, dos tempos bíblicos e das próprias Escrituras Sagradas. Agora, justamente por causa do seu interesse próprio, este indivíduo se tornara um benfeitor público.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 58.

¹⁵⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 49. SMITH, A. *op. cit.* p. 74.

Como observa John Kenneth Galbraith, para Adam Smith, principal ícone da Escola Clássica, a motivação econômica encontra-se centrada no interesse próprio de cada indivíduo e é a busca individual e competitiva de tais interesses que origina todo bem público.¹⁶⁰

A Escola Clássica sustentava a existência de uma harmonia natural de interesses em uma economia de mercado, defendendo um ponto de vista que apesar da busca do autointeresse individual por cada uma das pessoas atuantes no mercado ser egoísta e auto-interessado, sua interação conduziria à efetivação dos melhores interesses da sociedade¹⁶¹.

Como recomendação mais enfática em termos de política econômica governamental, Adam Smith defendia a liberdade de comércio interna e internacional, defesa esta vinculada à sua concepção extremamente otimista da divisão do trabalho como fator decisivo para os ganhos de eficiência.¹⁶² O raciocínio, com efeito, é estruturante da visão esposada na Riqueza, como observa Galbraith:

Somente havendo liberdade para se trocar, permutar e negociar é que alguns trabalhadores poderão se especializar em alfinetes, outros dedicarem-se a outras ocupações e todos se reunirem para um intercâmbio capaz de satisfazer as diversas necessidades de cada indivíduo. Se não houver livre comércio, cada trabalhador terá que se concentrar incompetentemente na fabricação de seus próprios alfinetes, desaparecendo assim as economias provenientes da especialização. Disso Smith conclui que quanto mais amplo for o âmbito comercial, maior será a

¹⁶⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 58. Adam Smith: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não se o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes.” SMITH, A. *op. cit.* p. 74.

¹⁶¹ O otimismo de Adam Smith é abordado por GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 93 e ss. No mesmo sentido, BRUE, S. L. *op. cit.* p. 49. Stanley Brue ressalva, entre os economistas da Escola Clássica, a posição divergente de David Ricardo quanto à questão da harmonia de interesses BRUE, S. L. *ibid.*

¹⁶² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 62. Interessante observar com Hunt que Adam Smith acreditava que era a ilusão de que a felicidade pessoal seria fruto da riqueza material, a mesma teria proporcionado vantajosos efeitos sociais e econômicos, em função dos esforços pessoais em busca de ganhos pessoais. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 43. Posteriormente a dissociação entre felicidade e riqueza seria evidenciada pelo paradoxo de Easterlin, conceito fundamental da economia do bem-estar (*Welfare Economics*) criado por Richard Easterlin em 1974, com a publicação do artigo “*Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence.*” Segundo o referido paradoxo, crescimento econômico não se traduz necessariamente em aumento da felicidade.

oportunidade de especialização – de dividir o trabalho – e maior será, *pari passu*, a eficiência ou, como diríamos hoje, a produtividade da mão de obra. A divisão do trabalho é limitada, em outra famosa conclusão de Smith, pelo tamanho do mercado. Daí a defesa do maior âmbito possível de livre comércio e, conseqüentemente, da maior eficiência possível da mão-de-obra.(sic)¹⁶³

Como observa Galbraith, a visão smithiana acerca do livre comércio constitui um ataque direto às concepções mercantilistas, especialmente àquelas do metalismo e das restrições comerciais.¹⁶⁴ Este argumento remete, evidentemente, à metáfora da “mão invisível” do mercado no pensamento de Adam Smith.¹⁶⁵

Importante observar que outros temas fundamentais para a Escola, presentes na obra de seu fundador, eram o valor e a distribuição, como observa Galbraith.¹⁶⁶

Com relação à questão do valor e dos preços, Smith debateu-se com o problema do paradoxo da água e do diamante, ou seja, a perturbadora diferença entre valor de uso e valor de troca.¹⁶⁷ Como observa Galbraith, Smith procurou

¹⁶³ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 62. Galbraith observa no entanto que “é mais do que provável que a utilização de energia e de máquinas na produção fosse, mesmo no tempo de Smith, uma fonte muito maior de eficiência do que a aplicação especializada de trabalhadores a uma tarefa. Certamente tem sido assim desde então. Até hoje, não obstante, a divisão de trabalho comentada por Smith permanece um totem da eficiência, um clichê presente em todas as discussões sobre as políticas do comércio internacional.”

¹⁶⁴ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 62.

¹⁶⁵ SMITH, A. *op. cit.* p. 438. Como ensina E. K. Hunt “as teorias da História e Sociologia de Smith incluíam uma análise das origens e do desenvolvimento do conflito de classes na sociedade e uma análise da maneira pela qual o poder era exercido na luta de classes. Nessas teorias, estava sempre presente um mesmo tema que Smith discutiu com mais detalhes em sua teoria econômica: era o de que, embora os indivíduos pudessem agir de forma egoísta e estritamente em proveito próprio ou da classe à qual pertencessem, e muito embora o conflito individual e o conflito de classes parecessem, à primeira vista, resultar desses atos, havia nas ‘leis da natureza’ ou na ‘divina providência’, o que Smith chamava de ‘mão invisível’, que guiava esses atos, que aparentemente provocavam conflitos, de modo a haver mais harmonia. A ‘mão invisível’ não era fruto do desígnio de qualquer indivíduo. Era, simplesmente, o funcionamento sistemático de leis naturais. Essa é, inquestionavelmente, a maior incongruência – senão a maior contradição – da obra de Smith. Pode-se encontrar a mesma contradição na obra de David Ricardo, como veremos em outro capítulo. É por essa razão que as duas grandes correntes conflitantes do pensamento econômico dos séculos XIX e XX – uma delas enfatizando a harmonia social do capitalismo e a outra enfatizando seus conflitos sociais – podem ser associadas, em suas raízes intelectuais, às obras de Smith e Ricardo.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 41.

¹⁶⁶ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 59.

¹⁶⁷ Com efeito, embora a água proporcione grande utilidade ostenta baixo valor (preço), ao passo que embora o diamante proporcione pouca ou nenhuma utilidade, ostenta alto valor. GALBRAITH, J. K. *ibid.* Como evidencia o autor: “Como ocorria com a água potável, o valor de uso podia ser altíssimo, e o valor de troca muito baixo. Já as pedras preciosas tinham pouco valor de uso, e elevado valor de troca.” *Ibid.* O paradoxo considera-se resolvido pelos marginalistas e subjetivistas, ao assumirem a escassez como determinante do valor, assim como a subjetividade

resolver as questões relativas ao valor endossando a teoria do valor trabalho¹⁶⁸, bem como relacionando o valor de troca aos custos de produção.¹⁶⁹

Quanto à distribuição da renda entre trabalhadores, proprietários e empregadores capitalistas, Smith considerou os salários como um custo relativo à produção – a transformação do trabalhador em trabalhador e sua manutenção em seu emprego –, teorizando sobre o salário de subsistência¹⁷⁰ – já intuído por correntes de pensamento anteriores, como visto.

Com dificuldades, Adam Smith tentava extrair a explicação do retorno do capital (juros) e do capitalismo (lucros) da teoria do valor-trabalho, teorizando simplesmente que como a quantidade de mão de obra determinaria o preço, o retorno do capital seria forçosamente uma exação do capitalista sobre os direitos legítimos do trabalhador, ou ainda a apropriação, pelo empregador, de parte do valor que o trabalhador gera e pelo qual não é remunerado, o que via como legítimo.¹⁷¹

psicológica do indivíduo. Como observa Galbraith, a solução do paradoxo dependeria da descoberta do conceito de utilidade marginal. “De acordo com este conceito, o fator determinante seria a necessidade ou uso menos urgente, ou marginal. Na margem, portanto, a utilidade da água é diminuída pela sua abundância; a do diamante é mantida elevada pela sua escassez. Num deserto onde não haja água, chegará um momento em que a mais pesada e reluzente jóia poderá ser trocada por um copo com água; a escassez faz maravilhar até com a utilidade marginal da água.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 59.

¹⁶⁸ Como ensina Galbraith, segundo a teoria do valor trabalho o valor de qualquer mercadoria é passível de mensuração com recurso à quantidade de trabalho pelo qual pode ser trocada. GALBRAITH, J. K. *id.* p. 60. Veja-se o Capítulo V da Riqueza das Nações. SMITH, A. *op. cit.* pp. 87 e ss.

¹⁶⁹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 60. No Capítulo I dos Princípios de Economia, David Ricardo afirma, na Seção I, que “o valor de uma mercadoria, ou a quantidade de qualquer outra pela qual pode ser trocada depende da quantidade relativa de trabalho necessário para sua produção, e não da maior ou menor remuneração que é paga por esse trabalho.” RICARDO, D. *op. cit.* p. 43.

¹⁷⁰ SMITH, A. *op. cit.* p. 120: “O homem sempre precisa viver de seu trabalho, e seu salário deve ser suficiente, no mínimo, para a sua manutenção. Esses salários devem até constituir-se em algo mais, na maioria das vezes; de outra forma seria impossível para ele sustentar uma família e os trabalhadores não poderiam ir além da primeira geração.” Observa Galbraith que a teoria do salário de subsistência seria convertida posteriormente por David Ricardo na denominada *Lei de Ferro dos Salários*, utilizada para manter o salário das classes trabalhadoras no nível do mínimo necessário à sua sobrevivência. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 60. Nesse sentido, conferir o Capítulo V dos Princípios de Ricardo, que considerava o salário de subsistência como o preço natural do trabalho. RICARDO, D. *op. cit.* pp. 81 e ss.

¹⁷¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 60. Como observa Galbraith, “esta visão inocentemente subversiva seria desenvolvida e refinada no século seguinte por Ricardo” e “se tornaria a principal fonte da indignação e agitação revolucionária de Karl Marx.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

Uma nota distintiva importante da Escola Clássica relativamente às orientações anteriores é que enquanto estas que ora punham relevo no comércio como origem da riqueza – caso do mercantilismo –, ora punham relevo na agricultura como fonte da riqueza – caso dos fisiocratas –, a nova escola reconhecia a importância de todos os recursos e atividades econômicas para a economia, valorizando terra, mão de obra e capital no âmbito dos fatores de produção como as atividades da agricultura, do comércio nacional e internacional e da indústria, considerando-as todas igualmente importantes para a riqueza.¹⁷²

Devido à sua importância icônica no âmbito da Escola, parece importante examinar, ainda que superficialmente, alguns aspectos do pensamento de Adam Smith, particularmente no que diz respeito ao Estado, ao governo e à sua intervenção na ordem econômica e social.¹⁷³

As concepções de Adam Smith sobre o Estado e o governo relacionam-se com sua teoria da história e com sua teoria sociológica. Como ensina E. K. Hunt, Smith partia de uma concepção segundo a qual os modos de produção e distribuição dos recursos necessários à satisfação das necessidades materiais da vida seriam o elemento mais determinante das instituições sociais de qualquer sociedade e das relações sociais.¹⁷⁴

Embora não sustentasse qualquer determinismo ou evolucionismo, classificava os estágios distintos de desenvolvimento econômico e social de acordo com tal critério, considerando os tipos de relações de propriedade como decisivos na determinação da forma e governo de qualquer sociedade.¹⁷⁵

Ao investigar as razões da institucionalização do poder e da subordinação de algum ou alguns grupos sociais em face de outro ou outros, concluiu que o governo civil desempenharia o papel de garantir a propriedade, garantindo os proprietários contra os não-proprietários.¹⁷⁶

¹⁷² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 49. Na prática, porém, naturalmente havia uma ênfase no comércio, posto que autores da Escola colocaram-se em favor da burguesia e contra a antiga nobreza fundiária.

¹⁷³ Sobre o pensamento de Smith veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 74 e ss.

¹⁷⁴ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 41.

¹⁷⁵ HUNT, E. K. *ibid.*

¹⁷⁶ HUNT, E. K. *id.* p. 42. Assim, ensina Hunt, as relações de propriedade seriam constitutivas das relações de poder, e que caberia ao Estado e ao Direito, na visão de Smith, garanti-las. Durante o feudalismo, por exemplo, a propriedade da terra constituía a fonte do poder social e político dos

Smith considerava o capitalismo progressista, sustentando que seria seu desenvolvimento nas cidades europeias que teria proporcionado desenvolvimento e criado um ambiente político novo no qual se conheceria um grau liberdade até então inexistente.¹⁷⁷

Segundo Adam Smith, a busca egoísta e autointeressada de aumento da eficiência econômica pelos proprietários de terras teria produzido efeitos como a abolição da escravidão e da servidão, proporcionando liberdade e segurança aos antigos servos e escravos.¹⁷⁸

Assim, fortalecia a visão smithiana de que a mão invisível guiava¹⁷⁹, através do intercâmbio e das trocas, indivíduos autointeressados e egoístas a uma sociedade com graus crescentes de eficiência econômica, segurança e liberdade.¹⁸⁰

Como já observado o economista escocês sustentava inicialmente uma visão precursora da teoria do valor-trabalho, segundo a qual o trabalho é o único criador

poucos e grandes proprietários de terra, e a lei da primogenitura teria o condão de preservar o poder das classes dirigentes, ao impedir a divisão das grandes propriedades rurais. HUNT, E. K. *ibid.*

¹⁷⁷ HUNT, E. K. *id.* p. 43.

¹⁷⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 44. Trata-se da ideia do *doux commerce*, ou seja, do caráter civilizador do comércio. KOLACINSKI, D. **Analyse Économique des Droits de l'Homme**. Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 63.

¹⁷⁹ A metáfora surge no Livro IV, Capítulo II, da Riqueza das Nações: “Todo indivíduo empenha-se continuamente em descobrir a aplicação mais vantajosa de todo capital que possui. Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem individual natural ou, antes, quase necessariamente, leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta as maiores vantagens para a sociedade.” SMITH, A. *op. cit.* p. 436. E, mais adiante, “Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo.” SMITH, A. *id.* p. 438.

¹⁸⁰ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 44. “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles.” SMITH, A. *op. cit.* p. 74.

de riquezas e que não haveria outro meio de aumentar a riqueza de qualquer nação senão pelo aumento do número de trabalhadores.¹⁸¹

A teoria do valor-trabalho reconhece que o processo produtivo pode ser reduzido a uma série de esforços humanos em qualquer sociedade. Os próprios instrumentos utilizados na produção são redutíveis a trabalho humano. Assim, o trabalho é a origem primeva do valor.¹⁸²

Para além da afirmação de que o pré-requisito para o valor de qualquer mercadoria ser o trabalho, observa Hunt que a teoria do valor trabalho vai além, implicando a noção segundo a qual “o valor de troca de uma mercadoria é *determinado* pela quantidade de trabalho contido nessa mercadoria.”¹⁸³

No entanto, é preciso que se consigne que, na visão smithiana apenas nas economias pré-capitalistas isto seria verdadeiro, pois em sociedades em que a classe capitalista monopolizava os meios de produção, o valor de troca ou preço passou a ser considerado pelo autor escocês como fruto de três componentes, a saber, salários, lucros e aluguéis.¹⁸⁴

Curiosamente, Smith endossava ainda uma visão em certa medida conflitualista das relações entre as classes no que diz respeito ao estabelecimento de direitos de propriedade¹⁸⁵, fundamentais para ele, como visto, para a determinação de aspectos centrais de qualquer sociedade:

(...) uma vez que uma pequena classe viesse a possuir os meios de produção, adquiriria o poder, através de seus direitos de propriedade, de impedir o trabalhador de produzir, a não ser que essa classe recebesse uma parte do que ele produzisse. (...) A divisão do produto do trabalho entre salários e lucros foi determinada na luta entre trabalhadores e capitalistas para determinar a taxa de salários.¹⁸⁶

¹⁸¹ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 44-45. Observa este autor que embora Smith não tenha formulado uma teoria propriamente dita acerca do valor lançou as bases para as formulações de David Ricardo e de Karl Marx. HUNT, E. K. *id.*, p. 46.

¹⁸² HUNT, E. K., *id.* pp. 46-47.

¹⁸³ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 47. Esta é a principal fragilidade da teoria, posto que posteriormente demonstrou-se que a quantidade de trabalho dispendido na elaboração de alguma mercadoria pode ser irrelevante diante de outros fatores.

¹⁸⁴ HUNT, E. K. *ibid.*

¹⁸⁵ SMITH, A. *op. cit.* pp. 117 e ss. Smith admite expressamente o conflito de interesses entre trabalhadores e empregadores e a prevalência dos últimos. SMITH, A. *id.* p. 119.

¹⁸⁶ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 45.

Smith reconhecia, ainda, a desigualdade das classes em conflito e a preponderância dos capitalistas, seja em função de sua maior capacidade de resistência, de manipulação ou, ainda, o apoio do governo.¹⁸⁷

No entanto, embora tivesse tal consciência dos conflitos individuais e de classes, sustentava que em um sistema de capitalismo concorrencial tais conflitos fossem apenas aparentes, sendo solucionados pela mão invisível.¹⁸⁸ Hunt observa certo grau de ambiguidade ou mesmo contradição quanto ao tema, notando que

um argumento central (...) é o de que os proponentes da teoria do valor-trabalho vêem o conflito de classes como algo de importância fundamental para a compreensão do capitalismo, enquanto a teoria do valor-utilidade vê a harmonia social como fundamental e leva, inevitavelmente, a uma versão do argumento da 'mão-invisível', de Smith. Só quando Smith abandonou a teoria do valor-trabalho é que ele pôde argumentar em favor da 'mão invisível' e da harmonia social.(sic)¹⁸⁹

Quanto à intervenção estatal na economia, Smith rejeitava tanto as visões mercantilistas quanto fisiocratas, e defendia o *laissez-faire* como melhor sistema econômico possível, com base em uma série de compreensões.¹⁹⁰

Entre elas destacam-se que o nível de produção de uma sociedade dependia diretamente do número de trabalhadores e de seu grau de produtividade e, como é sabido, esta dependia diretamente da extensão da divisão do trabalho¹⁹¹ e

¹⁸⁷ HUNT, E. K. *ibid.* Sintetiza o autor: "Assim, Smith reconhecia claramente a importância central do conflito de classes entre capitalistas e trabalhadores. Via que a principal base de diferenciação da classe era a propriedade da terra e do capital. Também via que o poder dos capitalistas advinha de várias fontes inter-relacionadas: sua riqueza, sua capacidade de influenciar a opinião pública e seu controle do governo." HUNT, E. K. *id.* p. 46.

¹⁸⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 58.

¹⁸⁹ HUNT, E. K. *ibid.*

¹⁹⁰ HUNT, E. K. *id.* p. 54.

¹⁹¹ "O maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho e a maior parte da habilidade, destreza e bom senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado parecem ter sido resultados da divisão do trabalho." SMITH, A. *op. cit.* p. 65. Veja-se a crítica marxiana. MARX, Karl. **Contribuição à crítica da Economia Política**. Trad: Maria H. B. Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

consequente especialização.¹⁹² A extensão da divisão do trabalho, por sua vez, dependia do grau de desenvolvimento do mercado e seu tamanho.¹⁹³ Além disso, para Smith, haveria uma dependência entre acumulação de capital e desenvolvimento da divisão do trabalho.¹⁹⁴

Smith sustentava que se o Estado nada fizesse para estimular ou desestimular os investimentos em determinada atividade ou setor da economia – agricultura, indústria, comércio exterior – seria atingido o desenvolvimento econômico pela operação da lei natural que rege a economia, criando uma ordem socialmente benéfica.¹⁹⁵

Como já visto, em um mercado livre os indivíduos egoístas seriam conduzidos pela “mão invisível” em direção à maximização do bem-estar econômico.¹⁹⁶ Por isso, qualquer intervenção estatal – regulação, concessões de monopólios, subsídios e outros – perturbariam tal ordem natural e causariam diminuição de bem-estar econômico.¹⁹⁷

Principalmente há que se observar que na visão smithiana tais intervenções da estatalidade tenderiam a restringir os mercados, reduzindo a taxa de acumulação de capital e a extensão da divisão do trabalho, impactando, portanto, no nível de produção social. Assim, propugnava uma estrita limitação da atuação do Estado.¹⁹⁸

¹⁹² Sobre a importância da divisão do trabalho no pensamento smithiano veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 80-93.

¹⁹³ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 54-55. SMITH, A. *op. cit.* pp. 65 e ss. Segundo Smith, “essa divisão do trabalho, da qual derivam tantas vantagens, não e, em sua origem, o efeito de uma sabedoria humana qualquer, que preveria e visaria esta riqueza geral à qual dá origem. Ela é consequência necessária, embora muito lenta e gradual, de certa tendência ou propensão existente na natureza humana que não tem em vista essa utilidade extensa, ou seja: a propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra.” SMITH, A. *id.* p. 73. Daqui se depreende a importância do intercâmbio para a divisão do trabalho, pois, como será explorado por Smith no Capítulo III do Livro I da Riqueza das Nações, há uma relação entre divisão do trabalho e extensão do mercado. SMITH, A. *id.* pp. 77 e ss.

¹⁹⁴ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 55. SMITH, A. *op. cit.* pp. 65 e ss. Não por acaso o Capítulo I do Livro I da Riqueza das Nações é destinado à divisão do trabalho.

¹⁹⁵ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 56.

¹⁹⁶ HUNT, E. K. *ibid.* SMITH, A. *op. cit.* p. 438.

¹⁹⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 57.

¹⁹⁸ HUNT, E. K. *ibid.*: “A influência de Smith nas doutrinas econômicas socialmente conservadoras desses dois últimos séculos está principalmente na crença de que, numa economia de mercado concorrencial, *laissez-faire* e capitalista, o livre mercado dirigia todos os atos egoístas, aquisitivo e voltados para o lucro para um ‘sistema óbvio e simples’, socialmente benéfico e harmonioso, ‘de liberdade natural’.”

Assim, o fundador da Escola Clássica sustentava que o Estado exercesse apenas as funções de defesa contra agressões externas, garantir a segurança interna através de funções de polícia e administração da justiça e, por fim, criar e manter obras e instituições públicas que não pudessem ser criadas ou mantidas através do livre-mercado.¹⁹⁹

Além do precursor da Escola, Galbraith destaca a importância de seus sucessores, nomeadamente Jean-Baptiste Say (1767-1832), Thomas Malthus (1766-1834) e David Ricardo (1772-1823), aos quais se deve o refinamento do legado de Smith e da Escola Clássica.²⁰⁰

Segundo Galbraith, Say teria sido não apenas o difusor das ideias de Adam Smith em França²⁰¹, mas também um grande sistematizador do pensamento smithiano, tendo seu *Traité d'Économie Politique* (1803) conhecido grande circulação.²⁰²

O principal legado de Jean-Baptiste Say para o pensamento econômico foi, evidentemente, a lei homônima:

A Lei de Say sustenta que da produção de bens provém uma demanda global efetiva suficiente para adquirir a oferta global destes bens. Nem mais, nem menos. Em consequência, jamais poderia haver uma superprodução geral no sistema econômico. Em termos mais modernos, do preço de cada produto vendido provém um retorno em salários, juros, lucros e aluguel

¹⁹⁹ SMITH, A. *op. cit.* pp. 173 e ss. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 57. Muitos autores observam, no entanto, que o pensamento de certos economistas clássicos era mais eticamente orientado e ostentava mais preocupações com problemas como a pobreza extrema do que membros das Escolas ortodoxas mais recentes. Nesse sentido, de se observar, como ilustração, as seguintes ponderações de Adam Smith: “Dever-se-á considerar esta melhoria da situação das camadas mais baixas da sociedade como uma vantagem ou como um inconveniente para a sociedade? A resposta é tão óbvia, que salta à vista. Os criados, trabalhadores e operários dos diversos tipos representam a maior parte de toda grande sociedade política. Ora, o que faz melhorar a situação da maioria nunca pode ser considerado um inconveniente para o todo. Nenhuma sociedade pode ser florescente e feliz, se a grande maioria de seus membros forem pobres e miseráveis. Além disso, manda a justiça que aqueles que alimentam, vestem e dão alojamento ao corpo inteiro da nação, tenham uma participação tal na produção de seu próprio trabalho, que eles mesmos possam ter mais do que alimentação, roupa e moradia apenas sofrível.” SMITH, A. *id.* pp. 128-129.

²⁰⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 67.

²⁰¹ Acerca da influência de Adam Smith sobre Jean-Baptiste Say, veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 128 e ss.

²⁰² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 67. O *Traité* tinha como subtítulo “*ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se composent les richesses*”, ou seja, exposição simples da forma como se formam, distribuem e compõem as riquezas.

suficiente para permitir a compra deste produto. Alguém, em algum lugar, o recebe. E tendo recebido-o, gasta-o até o valor daquilo que é produzido. Consequentemente, jamais pode haver uma escassez de demanda, a contrapartida óbvia da superprodução.²⁰³

Como observa Galbraith, a Lei de Say não era consensual sequer na Escola – Thomas Robert Malthus tinha reservas quanto a ela²⁰⁴ – e as crises periódicas posteriores a colocaram em severas dificuldades. Observa aquele autor que os economistas, para salvá-la, propuseram a ideia de um ciclo econômico ondulatório que causaria perturbações temporárias, sem invalidar a lei.²⁰⁵

A Lei de Say guarda evidentes relações para com o liberalismo econômico defendido pela Escola Clássica.²⁰⁶ Como observa o autor canadense, enquanto uma demanda suficiente de bens fosse concebida como garantida, o desempenho econômico seria o melhor possível e não haveria qualquer maneira do Estado melhorar ou reduzir tal desempenho.²⁰⁷

²⁰³ GALBRAITH, J. K. *op. cit.* p. 68. Conclui ainda Galbraith: “Na realidade, é possível que algumas pessoas decidam poupar o dinheiro obtido na venda de um produto. Porém, tendo poupado, acabarão investindo o que pouparam, de modo que o nível de compras será mantido. Mesmo que escondam no colchão o que ganharam, isso não modifica a situação; os preços se reduzirão por si mesmos para se adaptarem à redução no fluxo de renda. Não pode haver um excesso geral de bens, nem uma escassez geral do poder aquisitivo.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

²⁰⁴ KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 34. Devido às suas visões dissidentes daquela de Smith e Say, Malthus e Ricardo são considerados integrantes “pessimistas” da Escola Clássica por Gide e Rist. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 145 e ss.

²⁰⁵ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 68. Observa Galbraith que “a Lei de Say sobreviveu triunfante até a Grande Depressão. Foi então repelida por John Maynard Keynes, que sustentou e argumentou convincentemente que *poderia* haver (e que naquele momento de fato havia) uma escassez de demanda. Ele mostrou que poderia haver uma preferência pela liquidez; e que então os preços poderiam não se ajustar à redução do fluxo da demanda; que as mercadorias poderiam permanecer sem compradores; e que aqueles que as fabricavam poderiam ficar sem emprego. Medidas corretivas que suplementassem o fluxo de demanda – empréstimos e gastos públicos – poderiam e deveriam ser tomadas pelo governo. E foi o fim do extraordinário reinado de Jean Baptiste Say.” GALBRAITH, J. K. *id.* p. 69. KEYNES, J. M. *op. cit.* pp. 25-27.

²⁰⁶ Como observa Keynes, “admitida esta hipótese, tudo o mais se deduz naturalmente – as vantagens sociais da poupança individual e nacional, a atitude tradicional para com a taxa de juros, a teoria clássica do emprego, a teoria quantitativa da moeda, as vantagens ilimitadas do *laissez-faire* quanto ao comércio externo e muitos outros aspectos que teremos de discutir.” KEYNES, J. M. *id.* p. 27.

²⁰⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 69. De se observar as conexões de todas as peças: a Lei de Say vincula-se ao liberalismo e este, por sua vez, à abordagem microeconômica. Observa Galbraith que após o fim da Lei de Say, “valor e distribuição, preços, preços, salários e tudo o mais perderam o lugar de honra que ocupavam no pensamento econômico, uma perda simbolizada pela designação que atualmente se faz do seu estudo: *microeconomia*. A administração da demanda tornou-se a nova área a merecer maior atenção e prestígio, com o

Quanto à contribuição de Thomas Malthus ao pensamento econômico, além de sua teoria da população e do aumento populacional²⁰⁸, interessa especialmente a contestação à Lei de Say.²⁰⁹ Partindo da premissa da pobreza dos trabalhadores – cujos baixos níveis salariais seriam devidos exatamente à sua alta taxa de fecundidade – Malthus reconhecia a possibilidade de serem produzidos mais bens do que poderiam ser consumidos pelos miseráveis e pelas classes mais ricas, o que seria intensificado pela concentração obstinada dos capitalistas e industriais em sua produção, o que implicava em relegar seu próprio consumo.²¹⁰

Isso demonstra claramente que concepções como as da harmonia natural do caráter autorregulador da economia, manifestada sob a forma de construtos teóricos como a Lei de Say, não eram incontestes e tampouco consensuais mesmo no âmbito da Escola Clássica.²¹¹

O principal legatário de Smith no âmbito da Escola Clássica, no entanto, é David Ricardo.²¹² Galbraith destaca a novidade e a influência da metodologia desenvolvida por Ricardo, que, contrariamente a Smith – empírico e indutivo – mostrava-se teórico e indutivo.²¹³

título mais grandioso de *macroeconomia*. A macroeconomia nasceu da libertação do longo domínio de Jean Baptiste Say.” *Ibid.*

²⁰⁸ Que estimulou entendimentos contrários ao Estado benevolente ou benfeitor, que se tentasse melhorar a situação das massas estaria, antes, favorecendo sua irrestrita procriação. GALBRAITH, J. K. *id.* p. 71. Sobre o pensamento de Malthus remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 147 e ss.

²⁰⁹ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

²¹⁰ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 72. Observe-se que com isso Malthus antecedia até mesmo Keynes, guardadas as devidas proporções e feitas todas as ressalvas cabíveis pela comparação.

²¹¹ Com efeito observe-se a diferença entre as concepções de autores como Adam Smith, Thomas Malthus, Jean-Baptiste Say e John Stuart Mill, para se ter a dimensão das dissensões existentes dentro da própria Escola.

²¹² Veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 166 e ss.

²¹³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 73. Como observa Galbraith, o método lançado por Ricardo “trata-se de um método que, no futuro, muito agradaria aos economistas, pois é parcimonioso de informações e pode, quando necessário, divorciar-se de uma dura e inconveniente realidade.” GALBRAITH, J. K. *ibid.* RICARDO, D. *op. cit.* pp. 65 e ss., especialmente 66 e 67.

Uma importante contribuição ricardiana à posteridade do pensamento econômico será a análise marginal²¹⁴, que ele pioneiramente aplica à renda da terra e que, posteriormente, será por outros expandida a toda a economia.²¹⁵

Uma contribuição teórica também importante, mas não totalmente original, é a já referida *Lei de Ferro dos Salários*, segundo a qual os salários equivaleriam ao necessário para permitir aos trabalhadores que se mantenham e se perpetuem, sem aumento ou diminuição.²¹⁶ Como observa Galbraith

Esta ideia, com a denominação de Lei de Ferro dos Salários, entraria para a história não apenas da economia formal, pois estabeleceria que todos aqueles que trabalham devem ser pobres e não devem ser salvos de sua pobreza, seja por um Estado ou empregador compassivo, seja através dos sindicatos ou de qualquer iniciativa própria deles.²¹⁷ Autores e oradores posteriores tornaram a Lei de Ferro mais constrictora e restritiva do que na linguagem cautelosa de Ricardo, para quem a Lei de Ferro era o preço natural – ou, como diríamos hoje, o preço de equilíbrio – da mão-de-obra, o nível ao qual os salários tenderiam se estabilizar se os outros fatores permanecerem constantes.²¹⁸

²¹⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 75-76.

²¹⁵ Ricardo dedica o Capítulo II de seus *Princípios de Economia Política* à questão da renda da terra. RICARDO, D. *op. cit.* pp. 65 e ss.

²¹⁶ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 76. Observa Galbraith: “E dessa lei constrictiva viria o seu comprometimento com a miséria inevitável daqueles que vivem sob o capitalismo e com a futilidade e erro de qualquer medida corretiva – que ele não hesitou em condenar especificamente (...). A miséria é preciso existir; a lei econômica que a exige não pode ser infringida. Assim é o capitalismo; assim colaborou Ricardo para a sua reputação.” GALBRAITH, J. K. *id.*, p. 77. Veja-se ainda GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 187 e ss.

²¹⁷ Concepção semelhante encontra sua forma final no pensamento de Herbert Spencer (1820-1903), o darwinismo social. Tal tendência via a eliminação dos inadaptados como lei natural, apregoando a sobrevivência dos mais aptos. Spencer e o pensamento nele inspirado considerava que o Estado não deveria intervir no processo de seleção natural, e tampouco a caridade privada, que propiciava a sobrevivência dos inaptos. Como resume Galbraith, neste pensamento “desigualdade e privação foram tornadas socialmente benignas; o abrandamento da privação foi transformado em algo socialmente hostil; os bem-afortunados e os [ricos] não precisavam se sentir culpados, pois eram os beneficiários naturais de sua própria excelência; e a natureza os selecionava como parte de um inelutável progresso para um mundo melhor.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 109-110.

²¹⁸ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 76. Duas ressalvas: observa Galbraith que o salário em nível de subsistência compreendida, para Ricardo, não apenas as necessidades básicas do trabalhador, mas também o padrão de vida convencional. Além disso, Ricardo considerava possível que o nível se elevasse temporariamente em uma sociedade com capital crescente, mas que tal tendência seria, ao final, anulada pelo crescimento populacional da classe operária, que faria com que os salários caíssem novamente para seu preço natural ou abaixo dele. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 76-77.

De tais aspectos resta claro o caráter “amoral” das teorizações de importantes ícones do pensamento econômico clássico, na medida em que naturalizam processos de desigualdade, exclusão e exploração econômica e condenam o intervencionismo estatal ou iniciativas pias ou caritativas em favor dos mais necessitados.

Considera-se como ano em que a Escola Clássica encontra seu fim o de 1871, ano da publicação das obras de W. Stanley Jevons, Carl Menger e Leon Walras que originam a o subjetivismo-marginalismo, tendência que será dominante até as primeiras décadas do século XX.²¹⁹

A Escola Clássica teve o mérito de organizar cientificamente o estudo da Economia, e foi responsável por diversas contribuições, algumas das quais encontram-se presentes até hoje no pensamento econômico, embora reformuladas ou adaptadas.

Reputa-se possível afirmar, no entanto, que a Escola, ao representar os interesses da burguesia nascente, elaborou formulações teóricas por demais influenciadas por tal intuito e pelo contexto histórico, social e econômico do momento, de modo que a representação fidedigna da realidade econômica ficou por vezes prejudicada por dogmas, teorias e abstrações que seriam o objeto da crítica da heterodoxia econômica durante muito tempo.

Sobretudo, alguns dos postulados desenvolvidos pela Escola Clássica possibilitaram um aprofundamento da “amoralização” do pensamento econômico inaugurada já sob as tendências precursoras há pouco examinadas, revelando-se indiferente à imoralidade, à injustiça e à irracionalidade de alguns resultados sociais e econômicos da livre operação do capitalismo, principalmente.

²¹⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 46.

1.2.5 Pensamento econômico socialista

O socialismo, em suas variadas matizes teóricas, contribuiu para com o pensamento econômico em diversos aspectos. As diversas variantes do socialismo revelam-se críticas à economia capitalista e às teorizações da Economia Clássica, pelo que se estudarão aqui brevemente alguns dos principais aspectos do pensamento econômico do Socialismo Utópico e do Socialismo Científico, com ênfase no último, dada sua relevância.²²⁰

O Socialismo Utópico emerge por volta do ano de 1800, no conhecido contexto de degradação das condições de vida e de trabalho do proletariado nascente²²¹, com uma crítica da economia de mercado competitiva, que sustentava ser injusta e irracional.²²²

São associados ao Socialismo os nomes de pensadores como Henri Comte de Saint-Simon (1760-1825)²²³, Charles Fourier (1772-1837)²²⁴, Sismonde de Sismondi (1773-1842)²²⁵, Robert Owen (1771-1858)²²⁶, Louis Blanc (1811-1882)²²⁷ e Charles Kingsley (1819-1875).²²⁸

²²⁰ Veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 201 e ss. Os autores, em sua História das Doutrinas Econômicas, abordam os adversários da Escola Clássica no Livro Segundo, abrangendo socialistas e variadas matizes, membros da Escola Histórica e anarquistas.

²²¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 87. Como assevera Robert Heilbroner, “era evidente para qualquer um que se desse ao trabalho de olhar que o desabrochante sistema fabril estava produzindo uma dívida social de assustadoras proporções e que o dia do acerto de contas não poderia ser adiado para sempre.” HEILBRONER, R. **História do Pensamento Econômico, a.** Trad. Terezinha M. Deutsch; Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 101. Para algumas narrativas sobre a situação social no período remete-se ao ator e obra citados.

²²² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 151. Nisso pode-se vislumbrar alguma semelhança com o pensamento anarquista de Pierre Joseph Proudhon, como se verá. Como observa Galbraith, Malthus e Ricardo, involuntariamente, colaboraram com suas teorizações aqui já sumariamente visitadas para com o advento das críticas à Escola Clássica e os anseios de revolta e revolução das classes trabalhadoras. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 78.

²²³ Sobre o pensamento de Saint-Simon remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 234 e ss.

²²⁴ Acerca do socialismo associacionista de Charles Fourier veja-se GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 281 e ss.

²²⁵ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 201-233; GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 87.

²²⁶ Sobre Owen veja-se GALBRAITH, J. K. *ibid.* e GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 271 e ss.

O Socialismo Utópico caracteriza-se por suas tentativas de criar uma concepção alternativa de organização do sistema econômico, com ênfase em torno de organizações sociais distintas daquelas existentes sob o capitalismo. Os socialistas utópicos defendiam a criação de comunidades cooperativas, baseadas em ideias mutualistas, para organização da produção e distribuição.²²⁹

Como corrente do Socialismo em geral, o Socialismo Utópico repudiava a concepção clássica de harmonia dos interesses, concebendo a sociedade como sendo integrada por diferentes classes sociais cujos interesses não raro são opostos. Como corolário, eram contrários à noção de *laissez-faire*, ao liberalismo econômico.²³⁰

Como observa Galbraith, Sismonde de Sismondi foi um dos primeiros economistas a falar em termos de duas classes sociais, criticando as condições sociais geradas pelo capitalismo de seu tempo. Sismondi acreditava que a indústria tendia inexoravelmente à superprodução – como Malthus – e tinha uma visão negativa das invenções.²³¹ Há uma total mudança de perspectiva, como observa Galbraith:

Smith, Ricardo e Malthus haviam notado que o empregador ou certamente o proprietário de terras, era melhor de vida do que o homem ou mulher que trabalhava; e, mais precisamente, que ele nem sequer questionava isso, tomando o fato como coisa natural. Mas o empregador – o capitalista ou o senhorio – não era, para eles, o arquiteto das desgraças dos pobres. As misérias dos trabalhadores, a sua inelutável tendência à subsistência mínima, eram culpa deles mesmos, o resultado de sua incontrolável tendência à procriação. Agora, com Sismondi, os ricos *eram* os inimigos dos pobres, e os capitalistas dos trabalhadores. Agora era função do Estado ser o protetor dos fracos contra os fortes, 'para impedir que os homens sejam sacrificados em nome do aumento de uma riqueza da qual eles não obterão proveito algum'.²³²

²²⁷ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 293-302.

²²⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 114.

²²⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 151.

²³⁰ BRUE, S. L. *id.* p. 155.

²³¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 87.

²³² GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 87-88.

Assim, como observa Galbraith, Sismondi lança a nota dissonante da ortodoxia que responsabilizava os pobres por sua própria condição, afirmando ser a pobreza causada pelos ricos, pela opressão de uma classe pela outra.²³³

A crítica socialista mais significativa ao capitalismo e à Escola Clássica, no entanto, coube ao Socialismo Científico, que se diferencia da vertente utópica em vários aspectos.²³⁴

Uma das diferenças fundamentais, como observa Stanley Brue, consiste no fato de que em lugar de uma crítica moral ao capitalismo e seus “males”, como a encetada pelos utopistas, a crítica da nova escola socialista se pretendia “científica”, buscando demonstrar cientificamente que as contradições internas do capitalismo levariam ao seu colapso.²³⁵

O principal expoente do Socialismo Científico é, obviamente, Karl Heinrich Marx (1818-1883), ao lado de seu amigo e colaborador, Friedrich Engels (1820-1895).²³⁶

Várias são as influências sobre o Socialismo Científico. Primeiramente este recebeu inequivocamente influências do próprio Socialismo Utópico, embora fosse crítico relativamente a ele.²³⁷ Verifica-se, ainda, certa influência do evolucionismo ou darwinismo²³⁸, que se refletiria na crença em uma evolução inexorável de um modo de produção menos evoluído, o capitalismo, para um modo de produção mais

²³³ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 88. Por impossibilidade de fazê-lo, não se abordará aqui em maior detalhe o pensamento econômico do Socialismo Utópico, registrando-se que figuras como a de Saint Simon fizeram contribuições neste campo.

²³⁴ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 114.

²³⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 173.

²³⁶ Como observa Hunt, “a relação de Marx com os pensadores que discutimos nos capítulos anteriores era complexa. Ele foi muitíssimo influenciado pelas teorias do valor e dos lucros, de Smith e Ricardo – e, em alguns aspectos, sua teoria pode ser considerada uma extensão, um refinamento e uma elaboração mais detalhada das idéias daqueles autores. Quanto a outros aspectos de suas teorias, porém, Marx considerava-se um crítico antagonista.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 194.

²³⁷ Como observa Brue, referindo-se aos socialistas utópicos, Marx “compartilhava de sua indignação contra o capitalismo contemporâneo, da severa crítica contra a economia política clássica e da visão socialista da sociedade futura. No entanto, Marx sentia que o socialismo não aconteceria até que as condições da classe trabalhadores se deteriorassem a ponto de uma rebelião aberta. Ele tentava demonstrar o motivo pelo qual essa deterioração era inevitável no capitalismo.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 174.

²³⁸ BRUE, S. L. *id.* p. 175.

evoluído, naturalmente o comunismo, passando por uma etapa intermediária que seria o socialismo.²³⁹

Entre as influências filosóficas do Socialismo Científico é evidente aquela de Georg Hegel (1770-1831) e de Ludwig Feuerbach (1804-1872), sendo que do primeiro o Socialismo Científico de Marx adotou a concepção de dialética²⁴⁰ do processo histórico e do conhecimento e, do segundo, o materialismo, rejeitando o idealismo de Hegel.²⁴¹ Assim, Marx e Engels adotam uma concepção “materialista” ou “realista” do processo histórico, razão da ênfase colocada sobre a matéria, compreendida pelo Socialismo Científico como o conjunto das relações sociais de produção.²⁴²

Observa Galbraith sobre o marxismo, que denominou como *o grande ataque* ao capitalismo e à Economia Clássica, no Capítulo XI de sua obra *Pensamento Econômico em Perspectiva*, que o pensamento de Hegel inspirou em Marx

a noção de que a vida econômica, social e política sofre um processo de transformação constante. Tão logo uma estrutura ou instituição social adquire autoridade ou eminência, surge outra para contestá-la. E desta contestação e conflito advém uma nova síntese e um novo poder, que por sua vez também serão contestados.²⁴³

Segundo a teoria da história que embasa o Socialismo Científico de Marx, as forças de produção produzem um conjunto de relações materiais de produção, a

²³⁹ Sobre o marxismo remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 511-526.

²⁴⁰ BRUE, S. L. *ibid.* Como explica Brue, segundo tal concepção “uma ideia já existente, ou *tese*, é confrontada por uma ideia contrária, a *antítese*. A luta resultante entre as ideias transforma cada uma delas em uma nova ideia ou *síntese*, que, por sua vez, se torna a nova tese. O processo continua. Marx modificou a noção de Hegel sobre o processo dialético, utilizando-o para formular sua própria teoria sobre o materialismo histórico.” BRUE, S. L. *ibid.*

²⁴¹ BRUE, S. L. *ibid.* Como explicita Heilbroner: “A filosofia é muitas vezes denominada materialismo dialético; *dialético* porque incorpora a idéia de Hegel de mudança inerente, e *materialismo* porque se baseia não no mundo das idéias, mas sim no terreno do ambiente físico e social.” HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 138.

²⁴² Veja MARX, K. *op. cit.* pp. 246 e ss. Como evidencia Robert Heilbroner, citando Engels, de acordo com a concepção materialista da história, as causas das mudanças sociais e das revoluções políticas devem ser vistas não na mente dos homens mas nas mudanças dos modos de produção e de troca, ou seja, devem ser buscadas não por meio da *filosofia*, mas por meio da *economia* da época concernente. HEILBRONER, R. *op. cit.* pp. 138-139.

²⁴³ GALBRAITH, J. K. *Pensamento econômico cit.* pp. 115-116.

denominada estrutura²⁴⁴. Tais relações materiais de produção criam por sua vez, a superestrutura, constituída por diversos elementos como a religião, a filosofia, a ideologia, a educação, a literatura, o Estado e o direito, entre outros.²⁴⁵ Nesse sentido, Marx na Contribuição à Crítica da Economia Política:

Na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social.²⁴⁶

As forças de produção, como o capital, a mão de obra e a tecnologia, são dinâmicas, e as relações de produção, como visto, tendem a ser estáticas, o que engendra uma contradição que conduz à revolução e a novas possibilidades de desenvolvimento das dinâmicas forças produtivas.²⁴⁷

Segundo Galbraith, as grandes contribuições de Marx para a Economia Política seriam a ênfase no fenômeno do poder – negligenciado pelos clássicos –, a ênfase na desigualdade na distribuição de renda, a demonstração da suscetibilidade

²⁴⁴ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 176. Com efeito, várias de suas críticas endereçadas a autores como Mill, Malthus, Bentham, Senior, Say e Bastiat era a falta de perspectiva histórica. Segundo ele, se tais autores tivessem estado mais atentos à história, compreenderiam que todas as épocas teriam certos traços ou características comuns. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 194. MARX, K. *op. cit.* p. 6.

²⁴⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 176. A superestrutura desempenha um papel na perpetuação das relações de produção, como demonstraram, entre outros, Louis Althusser. Heilbroner ressalva que “a doutrina do materialismo não exclui a função catalisadora e a criatividade de idéias. Ela apenas exige que os pensamentos e idéias sejam *produto* do meio ambiente, mesmo que tenham a finalidade de mudar esse ambiente.” HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 139.

²⁴⁶ MARX, K. *op. cit.* p. 5. Aduzindo: “O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.” MARX, K. *ibid.*

²⁴⁷ “Em certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham movido até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se no seu entrave. Surge então uma época de revolução social.” MARX, K. *op. cit.* p. 5. Stanley Brue: “Para Marx, a história é um processo por meio do qual as relações estáticas de produção (a tese) entram em conflito com as forças dinâmicas de produção (a antítese). O resultado? O conflito revoluciona o sistema, de modo que novas relações de produção (síntese e nova tese) possam permitir maior desenvolvimento das forças de produção. O mecanismo de deposição de antigas sociedades é o conflito de classes.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 176.

do sistema econômico às crises e ao desemprego e, ainda, a falha de mercado consistente no monopólio.²⁴⁸

O Socialismo Científico de Marx e Engels caracteriza-se por alguns elementos teóricos fundamentais, a saber, a teoria do conflito de classes, a teoria do valor-trabalho, já referida, a teoria da exploração, a teoria do acúmulo de capital e da queda da taxa de lucro, a teoria do acúmulo de capital e da crise, e, ainda, a teoria da centralização de capital e da concentração de riqueza.²⁴⁹

Primeiramente, como é sabido, segundo Marx a sociedade é dividida em classes cujos interesses são opostos e antagônicos, tendo como paradigma o conflito entre estas classes sociais e não a harmonia propugnada pelos clássicos. Nesta visão, as classes são definidas pela propriedade dos meios de produção, caracterizando-se a classe burguesa ou capitalista²⁵⁰ dominante exatamente por essa propriedade, ao passo que a classe trabalhadora ou proletariado nada mais possui senão sua força de trabalho, a qual é compelida a alienar no mercado de trabalho.²⁵¹

Assim, a visão marxiana rejeita o postulado central da tradição clássica, qual seja, aquele do equilíbrio. Segundo Galbraith, para Marx o equilíbrio não era o fim,

²⁴⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 120. Evidencia Hunt que “Marx estava interessado em explicar a natureza da relação social entre capitalistas e trabalhadores. Em termos de teoria econômica, isso significava a relação entre salários e lucros.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 197.

²⁴⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 177.

²⁵⁰ Veja-se a crítica marxiana à concepção de propriedade que baseia a Economia Política. MARX, K. *op. cit.* p. 231 e ss. De acordo com Hunt, na ótica marxiana “o capitalismo existia quando, em uma sociedade que produzia mercadorias, uma pequena classe de pessoas – os capitalistas – tinha monopolizado os meios de produção e na qual a grande maioria dos produtores diretos – os operários – não podia produzir independentemente, por não terem eles qualquer meio de produção. Os operários eram ‘livres’ para fazer uma destas duas escolhas: morrer de fome ou vender sua força de trabalho como mercadoria.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 206.

²⁵¹ Marx evidencia que uma das condições do assalariamento é a separação da força de trabalho relativamente aos meios de produção. MARX, K. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Trad. João Maia. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 65. Como evidencia Heilbroner, “a sociedade, disse Marx, é organizada em estruturas de classes, em agregações de indivíduos que se ligam por algum relacionamento comum – favorável ou não – com a forma existente de produção. E a mudança econômica é uma ameaça a isso tudo. Na medida em que as forças organizacionais e técnicas de produção mudam (...) as relações sociais de produção também mudam (...)” HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 140. E. K. HUNT evidencia que a existência de força de trabalho como mercadoria pressupõe a propriedade da força de trabalho pelo trabalhador e a possibilidade de disposição dela pelo mesmo, assim como seu posicionamento como vendedor da própria força de trabalho, e não da mercadoria que dela fosse fruto. Isso é possível quando lhe faltarem os meios de produção e subsistência.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 206.

mas simplesmente um momento incidental em um amplo processo de mudança que acabaria por alterar toda a relação entre capital e trabalho.²⁵²

Marx adota, como modificações importantes, a teoria do valor-trabalho de David Ricardo²⁵³. Segundo tal teoria, é o tempo de trabalho socialmente necessário para a produção²⁵⁴ que determina o valor de uma mercadoria²⁵⁵, considerando-se as condições normais de produção, a competência média da mão de obra e a intensidade do trabalho no tempo.²⁵⁶

Marx não desconsiderava a importância do valor de uso de uma mercadoria, ou seja, do valor relativo à satisfação de alguma necessidade que a mesma ostenta, reconhecido como essência de qualquer riqueza, e tampouco o valor de troca²⁵⁷,

²⁵² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 116. Segundo Galbraith este seria o grande legado de Hegel e Marx para o pensamento econômico. Afirma o autor que aqueles que creem no equilíbrio estático marcham rumo a obsolescência em função da mudança contínua percebida por Marx e outros. GALBRAITH, J. K. *ibid.*

²⁵³ MARX, K. **Contribuição** *cit.* pp. 13 e ss. BRUE, S. L. *op. cit.* pp. 178-179. Evidentemente a posição marxiana em endossar a teoria do valor-trabalho é fundamental para sua teoria da exploração, vista a seguir.

²⁵⁴ Como observa Brue, o conceito de tempo de trabalho socialmente necessário inclui o trabalho direto na produção da mercadoria e o trabalho investido no equipamento e na matéria-prima utilizados. BRUE, S. L. *id.* p. 178. Nesse sentido já era o entendimento de David Ricardo. RICARDO, D. *op. cit.* p. 49.

²⁵⁵ Assim considerada qualquer coisa produzida que seja capaz de satisfazer a necessidades humanas reais ou criadas, diretas ou indiretas BRUE, S. L. *op. cit.* p. 178. Complementa Hunt: "Uma mercadoria tinha duas características essenciais: primeiramente, era 'uma coisa que por suas propriedades, satisfazia às necessidades humanas.' As qualidades físicas particulares que tornavam útil uma mercadoria não tinham, na opinião de Marx, qualquer ligação definida ou sistemática com 'a quantidade de trabalho necessário para a apropriação de suas qualidades úteis'. Em segundo lugar, as mercadorias eram, 'além disso, o depositário material do *valor de troca*'. O valor de troca de uma mercadoria era uma relação entre a quantidade dessa mercadoria que se poderia conseguir em troca de uma certa quantidade de outras mercadorias." HUNT, E. K. *op. cit.* p. 197.

²⁵⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 178; HUNT, E. K. *op. cit.* p. 200. Na Contribuição à Crítica da Economia Política, Marx assevera: "Os valores de uso são, de modo imediato, meios de subsistência. Mas, por seu lado, estes meios de existência são eles próprios produtos da vida social, o resultado de um dispêndio de força vital humana, são *trabalho materializado*. Enquanto materialização do trabalho social, todas as mercadorias são cristalizações da mesma unidade." MARX, K. **Contribuição** *cit.* p. 13.

²⁵⁷ MARX, K. *id.* pp. 11 e ss. Como visto, o autor compreendia valor de troca como a relação entre a quantidade da mercadoria que se poderia obter em troca de certa quantidade de outras mercadorias. O autor acrescenta que tal valor era habitualmente expresso em termos do preço monetário. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 197. Aduz Hunt: "O valor de troca era o meio através do qual todas as mercadorias podiam ser direta e quantitativamente comparadas. Os valores de troca pressupunham um elemento comum a todas as mercadorias, em virtude do qual tais comparações podiam ser feitas. Além de seu valor de troca, as mercadorias só tinham mais duas características em comum: todas tinham valor de uso e todas eram produzidas apenas pelo trabalho humano." HUNT, E. K. *id.* p. 198.

mas lançava mão o valor-trabalho para calcular o custo de produção e, logo, o valor de uma mercadoria.²⁵⁸

Marx não ignorava os efeitos das forças da oferta e da demanda na formação dos preços, mas para ele o que a lei da oferta e da demanda operava era uma oscilação em torno do valor de troca da mercadoria.²⁵⁹

Ele assumia, ainda, que todas as mercadorias seriam vendidas por seus respectivos valores. De tal assunção originava-se o problema em explicar de onde surgiria o lucro do capitalista. Segundo Marx, o lucro apenas seria possível através da aquisição da única mercadoria capaz de criar um valor superior ao seu próprio, qual seja, a força de trabalho.²⁶⁰

Segundo Marx, o valor da força de trabalho seria determinado pelo tempo de trabalho²⁶¹ socialmente necessário para produzir as necessidades da vida consumidas pelos trabalhadores e por suas famílias.²⁶²

Note-se que, na teoria de marxiana, os empregadores remuneram os trabalhadores com salários que correspondem à força de trabalho. Além disso, importante frisar que tais salários mantêm-se no nível mínimo necessário à sua subsistência em determinado local e em determinado momento, o denominado salário de subsistência.²⁶³

²⁵⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 178. Sobre a rejeição da teoria do valor de uso e a adoção da teoria do valor trabalho remete-se a HUNT, E. K. *op. cit.* p. 198.

²⁵⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 178.

²⁶⁰ BRUE, S. L. *id.* p. 179. Em termos marxianos, a força de trabalho pode ser compreendida como “a habilidade de um indivíduo em trabalhar e produzir mercadorias” BRUE, S. L. *ibid.* Ou, ainda, como “a capacidade de trabalhar ou trabalho potencial.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 205. “A força de trabalho era uma mercadoria absolutamente única: seu consumo ou uso criavam novo valor, que bastava não só para repor seu valor original, como também para gerar mais-valia.” HUNT, E. K. *id.* p. 206.

²⁶¹ Para Marx, o tempo de trabalho consiste no “processo e duração reais do trabalho.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 179.

²⁶² BRUE, S. L. *ibid.*

²⁶³ BRUE, S. L. *ibid.* Conforme observa Stanley Brue, “para Marx, o motivo desse salário de subsistência não é o crescimento excessivo da população – ele rejeitou enfaticamente a lei da população de Malthus. Marx achava que o capitalismo produz um grande ‘exército de desempregados’ e que esse excesso de força de trabalho impõe, ao longo do tempo, que o salário médio permaneça próximo ao nível cultural de subsistência.” No mesmo sentido, HUNT, E. K. *op. cit.* p. 228.

Considerando que os trabalhadores podem produzir, em um dia de trabalho, mais do que o necessário para sua subsistência e a de sua família, o pagamento do salário de subsistência pelos capitalistas equivale à retribuição de apenas a parte do valor criado pelos trabalhadores segundo Marx²⁶⁴.

A teoria da exploração marxiana parte da afirmação de que o monopólio da propriedade privada dos meios de produção pelos capitalistas compele os trabalhadores ao assalariamento e que o trabalho excedente ao necessário para garantir a subsistência do trabalhador e de sua família, criando um valor maior do que aquele da força de trabalho, constitui a possibilidade de extração de mais-valia dos trabalhadores, cujo acúmulo permite o enriquecimento do capitalista.²⁶⁵

Como é sabido, concebendo a circulação capitalista como representada por $D - M - D'$ (dinheiro-mercadoria-mais dinheiro), e compreendendo a diferença entre D e D' como a mais-valia, Marx observava que esta característica essencial do capitalismo não poderia ser encontrada na esfera da circulação.²⁶⁶

Com efeito, se a venda de uma mercadoria fosse feita exatamente por seu valor não haveria ganho de mais-valia. O mesmo ocorreria se fosse feita acima ou abaixo do valor da mercadoria, pois o vendedor ou o comprador – conforme o caso – ficaria com o valor de troca, e a outra parte perderia o equivalente, sem qualquer ganho líquido de mais-valia entre as partes.²⁶⁷

Portanto, Marx buscava a explicação da mais-valia não na esfera da circulação, mas na esfera da produção.²⁶⁸ Considerando tanto o capital comercial quanto o capital monetário como essencialmente parasitários, ligados a qualquer mecanismo de expropriação de excedente econômico, concentrou seus interesses

²⁶⁴ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 179-180.

²⁶⁵ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 511-526. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 121. BRUE, S. L. *op. cit.* p. 180. Como observa Hunt, a teoria marxista sustenta que a diferença entre o trabalho necessário e o trabalho excedente originaria a mais-valia. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 208.

²⁶⁶ MARX, K. **Contribuição** *cit.* pp. 84 e ss. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 203. Como evidencia este autor, “quando a força de trabalho era vendida como mercadoria, seu valor de uso era, simplesmente, a execução do trabalho – a concretização do trabalho potencial. Quando o trabalho era executado, era incorporado à mercadoria, dando-lhe, assim, valor. Portanto a única fonte possível de mais-valia era a diferença entre o valor do poder de trabalho como mercadoria (ou trabalho potencial) e o valor da mercadoria produzida, que incorporava o trabalho concretizado (ou o valor de uso consumido da força de trabalho).” HUNT, E. K. *id.* pp. 205-206.

²⁶⁷ HUNT, E. K. *id.* p. 203.

²⁶⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 204.

no capital industrial, que considerava o mais representativo do modo de produção capitalista.²⁶⁹

Encarava, então, o processo de geração da mais-valia esquematicamente como $D - M \dots P \dots M' - D'$, sendo M' e D' , respectivamente, mercadoria e dinheiro acrescidos de mais-valia. Era o trabalho que fazia com que o primeiro conjunto de mercadorias (M) diferisse do segundo (M'), fruto do processo produtivo.²⁷⁰

Aqui reside a ênfase no poder, referida por Galbraith. Com efeito, segundo este autor, Marx reconhecia que o poder constituía uma realidade incontornável na vida econômica, e defendia que o poder advinha precisamente da detenção da propriedade privada, correspondendo à impotência do trabalhador, tolhido da propriedade dos meios de produção.²⁷¹

Observa ainda Galbraith que o poder capitalista não fica circunscrito às suas fábricas, mas controla o Estado, por ele considerado como nada mais do que um “comitê que administra os interesses comuns de toda a burguesia”.²⁷²

Marx assumia a existência de leis de produção estabelecidas pela natureza, mas afirmava que as leis de distribuição seriam criadas pelos homens, pelo que não haveria qualquer motivo imperativo para que os trabalhadores a elas se submetessem necessariamente²⁷³, concepção esta frontalmente colidente com a concepção clássica, herdada dos fisiocratas, de que a distribuição também seria regida por leis naturais.

Outro ponto fundamental para a compreensão da teoria econômica marxiana é a concepção de Marx sobre o acúmulo de capital²⁷⁴ e a queda da taxa de lucro.²⁷⁵

²⁶⁹ HUNT, E. K. *id.* p. 205.

²⁷⁰ HUNT, E. K. *ibid.* MARX, K. **Contribuição** *cit.* pp. 84 e ss.

²⁷¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 120. Nas palavras do autor, o problema radica na propriedade privada, como é cediço, posto que a “renda dela proveniente compra a obediência e a submissão de pessoas que não têm propriedade e, portanto, nenhuma forma alternativa de renda.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

²⁷² GALBRAITH, J. K. *ibid.* Observe-se que as teorizações marxianas propugnam abrangem duas manifestações de poder, nomeadamente, o poder econômico dos burgueses sobre o proletariado – decorrente do monopólio das relações de produção – e o poder político da burguesia sobre o proletariado – decorrente da detenção do Estado pelos primeiros.

²⁷³ GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 121-122.

²⁷⁴ Sobre a acumulação de capital veja-se HUNT, E. K. *id.* pp. 223-224.

O economista alemão teoriza que a taxa de lucro dos capitalistas tem a propensão a cair ao longo do tempo. Resumidamente, o autor concebia que a pressão por eficiência e o aumento da utilização de mecanização e invenções reduziriam o uso da mão de obra, o que faria com que a taxa de lucro caísse. Isso ocorreria porque sendo o trabalho a fonte de todo lucro, a diminuição de seu uso implicaria a queda da taxa de lucro, que constituiria um dos problemas insolúveis do capitalismo.²⁷⁶

Para Marx, haveria ainda várias outras implicações, pois o capitalista, reduzindo seus custos de produção obteria, temporariamente, maiores lucros e eventualmente os produtos teriam preços menores, assim como o aumento da eficiência produtiva acarretaria a redução do valor da força de trabalho e o aumento do lucro por dia de trabalho. No entanto, o exército de desempregados aumentaria em função do desemprego tecnológico, haveria um aumento da taxa de exploração e de empobrecimento do proletariado, o que, por sua vez, faria aumentarem as probabilidades de uma revolução.²⁷⁷

Segundo a teoria marxiana, o sistema capitalista tenderia a sofrer crises cíclicas cada vez mais sérias, constituindo para Marx uma característica inerente ao capitalismo²⁷⁸, o que tem como fundamento a recusa marxiana a uma das concepções centrais da Economia Clássica sobre a harmonia do mercado, a *Lei de Say*.

Marx observa que a produção de mercadorias em economias simples observaria a lógica M – D – M, ou seja, uma lógica em que alguém vende sua

²⁷⁵ Sobre a queda da taxa de lucro, HUNT, E. K. *id.* pp. 225 e ss. Como ensina este, “Marx achava que os esforços dos capitalistas para aumentar a taxa de mais-valia tinham de atingir certos limites práticos. Quando isso acontecesse, ‘o crescimento gradual do capital constante em relação ao capital variável teria de levar, necessariamente, a *uma queda gradual da taxa geral de lucro*’. Marx juntou-se, assim, a Smith, Ricardo e Mill e iria ser acompanhado, mais tarde, por Keynes, ao defender a teoria de que a acumulação de capital provocava uma tendência à queda da taxa de lucro (na verdade, essa noção tem sido aceita por mais economistas teóricos do que quase todas as outras).” HUNT, E. K. *id.* p. 226.

²⁷⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* pp. 184-185.

²⁷⁷ BRUE, S. L. *id.* p. 185. Sobre a questão da alienação e da miséria crescente do proletariado no pensamento de Marx, veja-se HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 229-233.

²⁷⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 122.

mercadoria em troca do dinheiro de necessita para adquirir alimentos e outras coisas.²⁷⁹

Marx demonstrara que no capitalismo a relação dinheiro-mercadorias inverte-se, podendo ser representada por $D - M - D'$.²⁸⁰ Ou seja, no capitalismo não se venderiam produtos por dinheiro para adquirir outros produtos de que se necessitaria, segundo o autor. Contrariamente, no capitalismo comprar-se-iam produtos para vender e obter mais dinheiro do que antes, tornando-se o dinheiro fim, e não mais meio.²⁸¹ Mais cedo ou mais tarde, segundo Marx, a crise eclodiria. Exemplifica Brue:

O investimento rápido em capital e mão-de-obra aumenta temporariamente a demanda e eleva os salários que os capitalistas devem pagar. Mas esses salários mais altos reduzem as taxas de mais-valia e de lucro, encerrando a expansão e enviando a economia para a direção oposta. A depressão resultante destrói o valor monetário do capital fixo, permitindo que os capitalistas maiores adquiram todas as empresas menores a preço de barganha. Além disso, algumas fábricas fecham, os preços das mercadorias caem, os créditos ficam limitados e os salários são reduzidos. (sic)²⁸²

Como ensina John Kenneth Galbraith, “embora ninguém, nem mesmo a maioria dos marxistas, acredite mais na explicação de Marx, o fato é que ele identificou o que viria a ser reconhecido como o ponto mais vulnerável do capitalismo quando concebeu a crise capitalista como uma característica inerente ao próprio sistema capitalista.”²⁸³

Para Marx, estas crises cíclicas do capitalismo se repetiriam, aumentando sua grandeza a cada ocorrência, o que possibilitaria a concentração da riqueza em mãos dos maiores capitalistas.²⁸⁴ Dessa forma, a teoria marxiana do acúmulo do capital e

²⁷⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 185.

²⁸⁰ MARX, K. **Contribuição** *cit.* pp. 84 e ss. Sobre as diferenças entre circulação simples de mercadorias e a circulação de tipo capitalista remete-se a HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 202-203.

²⁸¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 185-186.

²⁸² BRUE, S. L. *id.* p. 186. Ver também sobre o ponto GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 122.

²⁸³ Ver ainda GALBRAITH, J. K. *ibid.* Segundo o autor “não a distribuição desigual do poder, nem a distribuição desigual da renda, mas a predisposição à depressão e ao desemprego é que seria a maior ameaça à sobrevivência do capitalismo.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

²⁸⁴ Sobre a teoria das crises cíclicas do capitalismo, veja-se HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 227 e ss.

da crise conecta-se diretamente com a teoria da centralização de capital²⁸⁵ e da concentração de riqueza.²⁸⁶

Segundo Marx, a concentração de riqueza em mãos de um número cada vez menor de capitalistas²⁸⁷, combinada com o progressivo aumento do empobrecimento do proletariado teriam por efeito o recrudescimento do conflito de classes, posto aumentarem a consciência da classe trabalhadora e, simultaneamente, sua predisposição para a revolução.²⁸⁸

Antes vislumbrado como uma falha, uma exceção à regra competitiva incapaz de representar uma ameaça ao sistema como um todo, em Marx o monopólio é encarado como uma tendência orgânica do capitalismo, decorrente da concentração da atividade econômica.²⁸⁹

Ele sustentava que as próprias contradições internas do capitalismo e suas crises levariam inexoravelmente à revolução e à modificação radical das relações de produção²⁹⁰, cabendo à classe trabalhadora a tarefa de pôr fim ao capitalismo e de substituí-lo pelo socialismo, através da coletivização dos meios de produção.

Marx criticava os autores clássicos a falta de perspectiva histórica e, ainda, por concepções que considerava essencialmente equivocadas, quais sejam, a de considerar o capital como algo presente em todos os processos de produção e, ainda, a redução de toda a atividade econômica a uma série de trocas.²⁹¹

²⁸⁵ HUNT, E. K. *id.* p. 224.

²⁸⁶ Como evidencia Heilbroner, para Marx “a base da produção industrial(...) era um processo cada vez mais organizado, integrado e *interdependente*, enquanto a superestrutura da propriedade privada era o mais *individualista* dos sistemas sociais. Portanto, a superestrutura e a base se chocavam: as fábricas precisavam de planejamento social, o que a propriedade privada abominava; o *capitalismo* tornara-se tão complexo que necessitava de direção, mas os *capitalistas* insistiam em conservar uma liberdade destruidora.” HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 141.

²⁸⁷ Ensina Hunt: “à medida que o capitalismo se desenvolvia – argumentava Marx –, a riqueza e o poder se concentravam nas mãos de um número cada vez menor de capitalistas. Essa concentração era o resultado de duas forças. Primeiramente, a concorrência entre os capitalistas tendia a criar uma situação na qual o forte esmagava ou absorvia o fraco. (...). Em segundo lugar, à medida que a tecnologia se ia aperfeiçoando, havia um ‘aumento do volume mínimo de... capital necessário para o funcionamento de uma empresa em suas condições normais’.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 224.

²⁸⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 187.

²⁸⁹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 122-123.

²⁹⁰ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 123.

²⁹¹ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 194.

Ele contestava a visão clássica da propriedade, em sua concepção capitalista, como algo eterno, universal e sacro, além de sua concepção da economia como redutível às trocas de mercadorias.²⁹²

A visão marxiana evidenciava o caráter abstrato e ilusório de tal ótica, sustentando que a concepção do trabalho como apenas mais uma mercadoria ao lado das demais conduziria ao desaparecimento das distinções econômicas, sociais e políticas entre os indivíduos, conduzindo a uma igualdade abstrata entre os diversos indivíduos.²⁹³

A concepção abstrata dos indivíduos feita a partir do intercâmbio induzia a uma falsa noção do capitalismo como sistema de igualdade e liberdade, pois os indivíduos em regra não se valem da força nos intercâmbios de mercado, mas da voluntariedade.²⁹⁴

A visão do sistema de mercado como que guiado por uma “mão invisível” somente seria possível, na visão de Marx, a partir desta concepção abstrata dos indivíduos formalmente iguais.²⁹⁵

O autor evidenciava que eram as diferenças de necessidades entre os indivíduos que originavam as trocas, tendo como pressuposto que os indivíduos não produzissem e tampouco possuísem aquilo de que necessitassem.²⁹⁶

Marx evidenciava ainda que, em realidade, um indivíduo atende a uma necessidade de outro apenas na medida em que este último atende a uma necessidade do primeiro. Cada um atende ao outro para atender a si próprio, ambos utilizando-se um do outro como instrumento para seus próprios fins. O interesse

²⁹² HUNT, E. K. *id.* p. 195. Criticando os economistas, Marx evidencia que “trata-se de preferência, como o prova o exemplo de Mill, de apresentar a produção em oposição à distribuição, etc., como que fechada em leis naturais, eternas, independentes da história, aproveitando a ocasião para insinuar sub-repticiamente que as relações *burguesas* são leis naturais imutáveis da sociedade concebida *in abstracto*. Tal é o fim para que, mais ou menos conscientemente, tende todo este processo.” MARX, K. **Contribuição** *cit.* p. 230.

²⁹³ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 196.

²⁹⁴ HUNT, E. K. *ibid.*

²⁹⁵ HUNT, E. K. *ibid.*

²⁹⁶ HUNT, E. K. *ibid.*

comum não constitui, portanto, o motivo do ato, mas os interesses individuais de cada um daqueles que nele tomam parte.²⁹⁷

Portanto, segundo Marx, a visão harmoniosa do capitalismo somente seria concebível a partir da assunção – irreal – da existência de uma única relação econômica, qual seja, a troca. Tal assunção somente é possível fazendo-se uma abstração as relações de produção altamente desenvolvidas e as contradições inerentes à sociedade capitalista.²⁹⁸

A visão marxiana sobre a natureza social da produção de mercadorias também teria o condão de desmistificar o dogma da mão invisível e da harmonia social sob o capitalismo.

Marx relacionava os requisitos para que uma sociedade fosse dominada de maneira extensa e profunda pelo valor de troca, quais sejam: alto grau de especialização, separação de valor de uso e valor de troca²⁹⁹ e, por fim, um mercado amplo e bem desenvolvido de base monetária.³⁰⁰

Em tal sociedade, cada produtor produziria unicamente para vender no mercado, para satisfazer suas necessidades de acordo com as constantes variações no valor de troca de suas mercadorias, sobre as quais não tem controle. Tal contexto conduziria a uma concepção das relações sociais entre produtores, na ótica de cada um deles, como simples relações entre ele e uma instituição impessoal e imutável, denominada mercado.³⁰¹

Como ensina E. K. Hunt, “assim, o que eram relações sociais entre produtores parecia, a cada produtor, simplesmente, uma relação entre ele e uma instituição social impessoal e imutável – o mercado. O mercado parecia envolver, simplesmente, uma série de relações entre coisas materiais – as mercadorias.”³⁰²

²⁹⁷ HUNT, E. K. *ibid.*

²⁹⁸ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 197. Evidencia Hunt que “quando se considerava apenas a esfera da troca ou da circulação, os salários e lucros pareciam consequência da simples troca de mercadorias.” HUNT, E. K. *ibid.*

²⁹⁹ Como observa Hunt, a especialização faz com que cada produtor produza sempre um mesmo produto e, sendo a vida impossível sem o consumo de diversos valores de uso, a relação de um homem com o próprio produto se faria apenas como valor de troca para aquisição dos valores de uso dos produtos de outros produtores. HUNT, E. K. *id.* p. 201.

³⁰⁰ HUNT, E. K. *ibid.*

³⁰¹ HUNT, E. K. *ibid.*

³⁰² HUNT, E. K. *id.* pp. 201-202.

Em síntese, os valores de uso não poderiam ser consumidos sem o funcionamento a contento do mercado e do intercâmbio, mas ainda seria o trabalho útil³⁰³ o produtor dos valores de uso. Portanto, como ensina Hunt,

A grande ingenuidade do argumento da ‘mão invisível’, de Smith, e de todas as suas variações apologéticas elaboradas por outros economistas burgueses era consequência de sua falta de visão. Encarando apenas superficialmente o ato da troca e a esfera da circulação, os economistas burgueses achavam que essa utilidade era gerada na própria troca. A troca, portanto, parecia universalmente benéfica, harmonizando os interesses de cada indivíduo e de todos os outros indivíduos. A verdade pura e simples era que o trabalhador útil (sic) era sempre a fonte de toda utilidade proporcionada pelas mercadorias, e a troca era meramente pré-requisito necessário para o próprio funcionamento de uma sociedade que produzisse mercadorias.³⁰⁴

Aduzindo o mesmo autor, conclusivamente, que, na ótica marxiana,

Os economistas burgueses tinham sido incapazes de visualizar qualquer coisa além de uma sociedade que produzisse mercadorias, de modo que o aparecimento do mercado como instituição harmonizadora e socialmente benéfica apenas marcava o fato subjacente de que, nessa sociedade, ninguém poderia tirar vantagem da utilidade proporcionada pelo trabalho útil, a não ser que o mercado funcionasse. Esse fato, por si mesmo, não dava qualquer indicação quanto à natureza das relações sociais entre as várias classes em uma sociedade capitalista nem indicava se essas relações eram harmoniosas ou conflitantes.³⁰⁵

Uma das principais contribuições de Marx para a compreensão da Economia consiste na demonstração de que o capitalismo não era um fenômeno inevitável, natural ou eterno, mas um modo de produção específico, surgido em condições históricas específicas e caracterizado pelo predomínio de uma classe, por força de sua capacidade de expropriar mais-valia.³⁰⁶

³⁰³ A expressão remonta à distinção marxiana entre trabalho útil e trabalho abstrato. Com trabalho útil, Marx referia-se ao trabalho produtor dos valores de uso específicos de diferentes mercadorias. Distingue-se o trabalho útil do trabalho abstrato, concebido como gasto de força humana, com abstração das diferenças de qualidade dos vários tipos de trabalho útil. HUNT, E. K. *id.* p. 200.

³⁰⁴ HUNT, E. K. *id.* p. 202.

³⁰⁵ HUNT, E. K. *ibid.*

³⁰⁶ HUNT, E. K. *id.* p. 206.

Sobre a visão marxista sobre o Estado e o direito, insta concluir dizendo que, como visto, Marx concebia o Estado como o braço armado do capitalismo, dominado pela classe burguesa e defensor de seus interesses. O direito era visto da mesma maneira, como parte da superestrutura e por ela condicionado.³⁰⁷

Considerado como um modo de produção entre outros que o precederam e que viriam a sucedê-lo e, portanto, como caracterizado por um conjunto específico de relações sociais, o capitalismo baseava-se, na ótica marxiana, como sustentado por um tipo específico de relações de propriedade.³⁰⁸

Conseqüentemente, “a base legal do capital era a lei da propriedade privada tal como existia no modo de produção capitalista”. O capital e a legislação que consagrava e protegia a propriedade privada consistiam, ainda nas palavras de Hunt, o mecanismo através do qual, no capitalismo, a classe dominante expropriava o excedente criado pelo proletariado.³⁰⁹

A visão de Marx relativamente a diferentes institutos jurídicos – não apenas a propriedade – era crítica. Assim, sua visão acerca dos direitos humanos e mesmo dos direitos dos trabalhadores era a de paliativos utilizados como mecanismos de ocultação das contradições do modo de produção, ou instrumentos de proteção dos capitalistas.³¹⁰

Sob o pretexto de proteger o homem, tais direitos seriam, na ótica marxiana, mecanismos estrategicamente formulados para manter privilégios dos grupos dominantes³¹¹, notadamente operando como amortecedores da luta de classes.

³⁰⁷ WEYNE, G. R. de S. **Elementos para análise marxista do Direito**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 29: “Quando as idéias críticas, igualitárias e libertárias de Marx se dirigiam ao direito, configurou-se, de forma significativa, uma visão dinâmica e social, situando-o no plano da superestrutura política, alicerçada na infra-estrutura econômica.”

³⁰⁸ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 221.

³⁰⁹ HUNT, E. K. *ibid.* Como evidencia Gastão Rúbio de Sá Weyne, “considerando-se que a estrutura capitalista busca fundamentar a sua dominação através da atuação da classe hegemônica, o controle do direito é uma das necessidades para a consecução destes objetivos.” WEYNE, G. R. de S. *op. cit.* p. 35.

³¹⁰ WEYNE, G. R. de S. *id.* pp. 30-31. “As concepções de Karl Marx foram duramente críticas em relação a outros institutos legais, como no caso dos direitos humanos, admitidos no sistema capitalista, como mecanismos de proteção dos interesses, primordialmente econômicos, das classes dominantes. Os direitos humanos podem, além disso, dissimular as desigualdades materiais destas classes em relação aos grupos desfavorecidos.” WEYNE, G. R. de S. *ibid.*

³¹¹ WEYNE, G. R. de S. *id.* p. 31. O direito à propriedade, por exemplo, ao invés de ser um direito natural como muitos pretendiam, constituiria, nesta visão, produto das relações de produção e da luta de classes. WEYNE, G. R. de S. *ibid.*

Como observa Gastão Rúbio de Sá Weyne, o marxismo compartilhava com o anarquismo e com outros movimentos revolucionários uma profunda hostilidade em face do direito, concebido como instrumento de proteção da propriedade e do domínio de classe, fomentador da desigualdade, preconizando sua desapareição, juntamente com o Estado, em uma sociedade comunista.³¹²

A crítica do Socialismo contribui em vários sentidos na compreensão das limitações da ortodoxia econômica da Escola Clássica, que defendia elementos que encontram-se presentes, ainda que com variações, na ortodoxia do pensamento econômico atual.

O Socialismo utópico denunciara o caráter conflitual e as injustiças decorrentes do modo de produção capitalista e dos dogmas da Economia Clássica, além de ter sustentado a possibilidade de formas distintas de organização da produção.

O Socialismo científico teve o mérito de aprofundar a visão crítica do capitalismo e seus frutos como das ideias econômicas dominantes, evidenciando as relações de poder e exploração e os resultados deletérios da livre operação do capitalismo em conformidade com a ideologia dominante.

Como se verá na próxima sessão, também o pensamento econômico anarquista é capaz de contribuir para com a crítica da ortodoxia na prática e na teoria econômicas.

1.2.6 Pensamento econômico anarquista

Embora não seja tema muito comum na História do Pensamento Econômico e embora nenhum dos anarquistas tenha sido um economista no sentido estrito do termo, como observa David Kolacinski, existem diversos aspectos do pensamento anarquista que são importantes por suas implicações econômicas.³¹³

³¹² WEYNE, G. R. de S. *op. cit.* p. 32.

³¹³ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 88-89: “Os estudiosos sempre atribuíram a Proudhon uma posição importante na história do socialismo, do sindicalismo e do anarquismo, mas não na história do pensamento econômico. É uma distinção sem mérito.” Observa o autor a existência de concepções econômicas importantes na obra de Proudhon. GALBRAITH, J. K. *ibid.*

Charles Gide e Charles Rist em sua obra clássica “História das Doutrinas Econômicas”, observam que a doutrina anarquista resulta de uma curiosa fusão de ideias liberais e socialistas, o que faz com que seja crítica ao Estado e conceba a ordem econômica como espontânea, ao mesmo tempo em que critica a propriedade privada e a exploração do trabalhador.³¹⁴

Ponderam Gide e Rist, no entanto, que em lugar de ser mera síntese, o anarquismo ultrapassaria tanto o liberalismo quanto o socialismo, pois mesmo os liberais entendiam ser o Estado necessário, ao passo que os socialistas embora combatam a propriedade privada reservam ao Estado uma função fundamental de dirigir toda a produção social, ainda que propugnem por seu desaparecimento no futuro vindouro comunista que apregoam.³¹⁵

São associados ao pensamento econômico anarquista os nomes de Pierre Joseph Proudhon (1809-1865), Mikhail Alexandrovich Bakunin (1814-1876) e Piotr Alexeyevich Kropotkin (1842-1921), entre outros.

Pierre Joseph Proudhon foi um dos precursores do anarquismo moderno.³¹⁶ Sustentava a idêntica importância e dignidade de todas as funções sociais com fundamento na concepção dos direitos naturais e do tratamento igual de todos os homens, argumentando com base na interdependência de todas as funções sociais, que, em seu ponto de vista, induzia à conclusão de seu idêntico valor e dignidade.³¹⁷

Como anarquista, era um defensor da livre concorrência, que considerava apta a garantir um preço justo³¹⁸, bem como um crítico do Estado e da democracia, temeroso da tirania da maioria. Considerava mais garantidora da liberdade individual uma sociedade inteiramente estabelecida sobre contratos.³¹⁹

³¹⁴ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 686.

³¹⁵ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³¹⁶ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 687.

³¹⁷ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 44.

³¹⁸ GIDE e RIST chegam a compará-lo, quanto a isto, a um economista clássico. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.*, p. 339.

³¹⁹ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 44.

São notórias as críticas de Proudhon ao instituto da propriedade privada, que considera um furto³²⁰ e um efeito sem causa.³²¹ Entende que a propriedade burguesa seria algo contrário à sociedade e à natureza, na medida em que a mesma teria por consequência necessária negar aos homens o que o direito natural lhes garante, a saber, o acesso de todos aos meios de subsistência.³²²

No entanto, há certa ambiguidade no pensamento de Proudhon quanto à propriedade, como observa David Kolacinski, pois em alguns escritos Proudhon defende a propriedade enquanto garantia da liberdade em face do Estado.³²³

Apesar de sua afirmação de que “a propriedade é um roubo”³²⁴, Proudhon entendia, ao mesmo tempo, que a propriedade privada, a livre disposição dos frutos do trabalho e da economia era “a essência da liberdade”, nas palavras do autor, “a autocracia do homem sobre si próprio.”³²⁵ Assim, para o anarquista a condição de legitimidade da propriedade seria sua generalização, ou seja, seu igual acesso por todos.³²⁶

³²⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 333. Como observam os autores franceses, Proudhon tornou-se célebre com a publicação de sua obra “O que é a propriedade?”, em 1940. GIDE, C.; RIST, C. *ibid.* GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 88.

³²¹ Como observam Gide e Rist sobre a crítica de Proudhon relativamente ao direito de propriedade: “Este direito, que os economistas cuidadosamente se abstiveram de discutir, transformando a Economia Política, como ele diz, num simples resumo das ‘rotinas proprietárias’, é a seus olhos a base do nosso sistema social e explica todas as suas injustiças.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 331.

³²² KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 44.

³²³ KOLACINSKI, D. *id.* p. 45.

³²⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 88.

³²⁵ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 334. Portanto, Proudhon acaba por reconhecer a propriedade como um direito do homem, uma proteção da pessoa em face do poder, devendo, assim, ser generalizada. KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 45.

³²⁶ KOLACINSKI, D. *ibid.*: “Para Proudhon, a propriedade é legítima se ela for generalizada, o que implica, o desejo de apropriação de um contrabalançando o do outro, a existência de um nivelamento e de uma equalização das propriedades. Já o Estado é um órgão de concentração que dissolve as individualidades no todo maior da sociedade comunista. Contrariamente, a propriedade é uma força de descentralização, anti-despótica e anti-unitária, que pode ser estabelecida à base da federação. Desse modo, a propriedade autocrática torna-se republicana a partir do momento em que é transposta em uma sociedade política.”

Portanto Proudhon mostra-se um crítico à propriedade desigual que em última análise é o que possibilita a obtenção de rendimento sem trabalho³²⁷, ao lado de uma defesa de uma propriedade isonômica concebida pelo autor.³²⁸

A explicação de Proudhon sobre a origem do lucro dos capitalistas é diferente da concepção marxista de mais-valia. Segundo Proudhon, embora o patrão pagasse ao assalariado o equivalente ao valor individual de seu trabalho, apropriava-se do valor produzido pela força coletiva de seus empregados, produto este de valor muito superior àquele individual e em tal apropriação consistiria o lucro.³²⁹

Assim, de maneira parecida mas diferente daquela sustentada pela perspectiva marxista, embora o operário julgue-se pago, só o foi em parte, na ótica do autor anarquista.³³⁰

Importante frisar entre as reflexões de Proudhon a teoria do mutualismo que ocupa lugar central no pensamento do autor. Observam Gide e Rist que Proudhon era avesso à ideia de fraternidade, que vislumbrava como potencialmente capaz de justificar a subordinação de um homem a outro, em violação à liberdade.

A partir da ideia de igualdade entre os homens, Proudhon sustentava as relações humanas deveriam sejam pautadas pela justiça que, para ele, consistiria no reconhecimento do outro como um igual, ou seja, na igualdade.³³¹

Aplicando-se o conceito de igualdade à economia, obter-se-ia a concepção de mutualidade ou mutualismo, consistente na reciprocidade dos serviços, cuja base

³²⁷ Pois, como observam Gide e Rist, para ele, somente o trabalho é verdadeiramente produtivo. GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 334.

³²⁸ Gide e Rist esclarecem que para Proudhon “nem a terra, nem os capitais são produtivos sem o trabalho. Por consequência, ‘o proprietário que exige o lucro como preço do serviço do seu instrumento, da força produtiva da sua terra, supõe um fato radicalmente falso, isto é, que os capitais produzem por si próprios alguma coisa e, fazendo pagar este produto imaginário, recebe, praticamente, alguma coisa por nada. Eis o roubo. É por isso que ele define a propriedade como ‘o direito de gozar e de dispor dos bens de outrem, fruto do engenho e do trabalho alheio.’” GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 334-335.

³²⁹ Para ilustração, convém transcrever um trecho da lavra do próprio Proudhon: “O capitalista, diz-se, pagou os salários dos trabalhadores; para ser exato, deve-se dizer que o capitalista pagou tantas vezes *um* salário quantos operários empregou por dia, o que não é bem a mesma coisa. Porque esta força imensa, resultante da união e da harmonia dos trabalhadores, da convergência e da simultaneidade dos esforços, não foi paga por ele. Duzentos granadeiros levantam em algumas horas o obelisco de Louqsor sobre a sua base; pode supor-se que um só homem, em duzentos dias, seria capaz de o fazer?” (*apud* GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 336).

³³⁰ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³³¹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 340.

seria o princípio “faze aos outros o que queres que te façam”, o que fez com que sua variante do autor fosse denominada por vezes de anarquismo mutualista. Assim, para Proudhon, o novo princípio que deveria reger as relações econômicas da sociedade deveria ser o mutualismo³³², cuja característica de espontaneidade afastaria bastante a concepção anarquista de organização da economia da planificação forçada socialista.³³³

Na visão de Proudhon o mutualismo teria grande versatilidade, servindo de instrumento para a solução de uma ampla gama de problemas e de questões. Primeiramente, a mutualidade teria o condão de suprimir o rendimento sem trabalho e, além disso, conservaria a propriedade e a liberdade de trabalho e trocas.³³⁴

Expressão do mutualismo proudhoniano é a ideia da criação do denominado “banco de trocas”. Proudhon considerava que a moeda seria o principal elemento que possibilitaria a obtenção de lucro sobre o trabalho, pois todos os demais bens disponíveis nela são conversíveis. O autor concluía, portanto, que se fosse possível suprimir o lucro sobre a moeda, ou seja, os juros, poder-se-ia suprimir o lucro sobre quaisquer outros capitais, inclusive sobre o trabalho.³³⁵

Nesse sentido, a ideia da criação do banco de trocas surge como tentativa de criação de uma instituição que possibilitasse a obtenção de moeda sem a cobrança de juros. Se isso fosse possível, o trabalhador poderia adquirir terrenos, máquinas e outros insumos para sua indústria em vez de alugá-los, obstando-se assim a obtenção de lucro sem trabalho por parte daqueles que detém o capital.³³⁶

³³² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 89. Uma das contribuições importantes de Proudhon ao pensamento econômico segundo Galbraith é a concepção acerca da existência de certa superioridade moral na instituição da cooperativa ou da empresa pertencente aos trabalhadores. *Ibid.*

³³³ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 340.

³³⁴ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 340-341.

³³⁵ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 350. Como observa Galbraith, “sua solução, reduzida ao mais essencial, era abolir os juros (e outros retornos sobre o capital) e entregar toda propriedade a cooperativas ou associações voluntárias de trabalhadores. Estes seriam financiados por um banco especial com poderes de imprimir dinheiro; este dinheiro financiaria a produção e a compra de produtos. Na sociedade de Proudhon o Estado desapareceria.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 88.

³³⁶ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 350. Segundo Galbraith, esta seria outra contribuição de Proudhon ao pensamento econômico posterior, a fé na magia monetária, ou seja, “a crença de que grandes reformas podem ser levadas a cabo através de mecanismos monetários ou financeiros ainda desconhecidos.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 89. Pois, como mencionado

De acordo com a visão de Proudhon a reciprocidade poderia ser obtida na troca, uma vez que o trabalhador receberia a integralidade do produto de seu trabalho sem partilhar nada com outrem, de modo que a justiça econômica poderia então realizada.³³⁷

Proudhon concebia o dinheiro como mero agente de circulação, concepção esta que permitia sustentar ser o mesmo substituível por cédulas ou vales de circulação ou de troca que seriam emitidas por um banco sem capital e, portanto, sem capital de garantia a remunerar. Para que tais cédulas pudessem circular, bastaria o compromisso de todos os aderentes ao banco em aceitá-las como pagamento de suas mercadorias e serviços.³³⁸

Outro autor anarquista cujo pensamento econômico é relevante para evidenciar as viscerais dissidências entre a ortodoxia econômica e as concepções rivais é Mikhail Bakunin. O mesmo sustentava que a *liberdade* seria um fato social e não individual, e que portanto não seria limitada mas antes confirmada e reforçada pela liberdade dos demais. Por conseguinte, o autor não vislumbraria a liberdade alheia como limite à liberdade individual, mas como condição necessária e confirmação desta.³³⁹

Observam Gide e Rist que o individualismo anarquista é diverso de outras versões do individualismo, pois concebe o homem como um exemplar de algo superior, a humanidade, pelo que Bakunin defendia ser a liberdade a meta suprema de todo o desenvolvimento humano.³⁴⁰

A exaltação anarquista da liberdade traduz-se, por outro lado, em ódio a toda espécie de autoridade, na medida em que qualquer autoridade implica exploração de um homem por outro e conseqüente redução de sua humanidade.³⁴¹

anteriormente, o monetarismo caracterizará a contrarrevolução teórica que se oporá ao keynesianismo.

³³⁷ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 350.

³³⁸ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 350-351.

³³⁹ Nas palavras de David Kolacinski: "A ampliação da liberdade de um indivíduo aumenta a liberdade de todos os outros ou, o que significa o mesmo, não aumenta senão na medida em que a liberdade dos outros aumenta." KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 46.

³⁴⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 695.

³⁴¹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 696.

O Estado, por ser autoridade que resumiria todas as demais, constituiria, portanto o principal alvo dos ataques anarquistas, sendo por eles considerado como o agente opressor da liberdade por excelência, em função de suas leis, de sua burocracia e de seu aparato repressivo. Em uma palavra, o Estado seria a negação da liberdade e, por conseguinte, da humanidade.³⁴²

De se observar que o Estado e seu direito positivo protegeriam e institucionalizariam a propriedade privada, que é considerada pelos anarquistas como organização da exploração e como meio através do qual a minoria proprietária escraviza as massas. A propriedade, para Bakunin, constituiria o privilégio do qual todos os demais privilégios derivam, sendo o Estado seu principal guardião e protetor.³⁴³

Bakunin afastava-se do anarquismo mutualista ao estilo de Proudhon e adotava uma perspectiva mais próxima à do marxismo, na medida em que sustentava a coletivização da terra e dos instrumentos de trabalho, que em sua ótica deveriam ser apropriados pela comunidade, através de associações de trabalhadores.³⁴⁴

O contratualismo que aparece em Proudhon ressurgiu, com características próprias, no pensamento de Bakunin, pois sendo os anarquistas contrários aos constrangimentos à liberdade, defendem a liberdade contratual e a existência de múltiplos contratos entre os agentes sociais, sempre revogáveis.³⁴⁵

A ênfase coloca-se, portanto, na autonomia. Assim, os anarquistas sustentam a possibilidade de uma sociedade desprovida de autoridade central e

³⁴² GIDE, C.; RIST, C. *ibid.* Bakunin define o Estado como “a soma das negações das liberdades individuais de todos os seus membros” ou “um imenso cemitério em que se sacrificam, morrem e sepultam todas as manifestações da vida individual” e, ainda, “a negação flagrante da humanidade.” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³⁴³ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 698.

³⁴⁴ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 699. Bakunin caracteriza-se, portanto, como um coletivista, pregando a propriedade ou posse comum dos instrumentos de produção e, de outro lado, a posse ou propriedade privada dos objetos de consumo. Kropotkin, por sua vez, rejeitará a distinção, declarando-se não coletivista, mas comunista, erigindo-se aqui a distinção entre anarquismo e anarcocomunismo, radicada exatamente nesta questão.

³⁴⁵ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 699-700.

baseada na autonomia e na liberdade individuais em função de sua crença na razão e no instinto de sociabilidade humanos.³⁴⁶

Resta ainda, entre os principais autores anarquistas com ideias econômicas importantes, avaliar as contribuições de Piotr Kropotkin.

Este definia a Economia como “a ciência do estudo das necessidades humanas e dos meios de satisfazê-las com a menor perda possível de forças humanas.”³⁴⁷ Kropotkin analisa a propriedade a partir da noção de herança comum³⁴⁸, segundo o qual o capital acumulado desde a Idade da pedra pertenceria a todos, sendo que a miséria constituiria o fruto da apropriação da riqueza por poucos.³⁴⁹ Segundo esta concepção, portanto, o progresso passa a ser encarado como herança comum das atuais gerações por ser fruto do trabalho coletivo de seus ancestrais.

Aspecto fundamental no pensamento econômico anarquista em geral e de Piotr Kropotkin em particular é o princípio enunciado sob a divisa “a cada um segundo suas necessidades”, indissociável da concepção peculiar de propriedade que decorre da noção de herança comum.³⁵⁰

Na ótica de Kropotkin, diante da impossibilidade de determinação da participação de cada um na produção, existiriam domínios nos quais o consumo não deveria ser medido ou limitado, atendendo-se às necessidades e superando-se cálculos de custo-benefício³⁵¹.

³⁴⁶ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 700-701; 704. Pois em última análise o anarquismo tem de se basear em uma concepção marcada pelo otimismo antropológico.

³⁴⁷ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 47.

³⁴⁸ Kolacinski observa que o economista Yoland Bresson (1942-), criador da noção de “dividendo universal”, consistente na criação de uma renda existencial incondicional, sustenta tal política com base na noção de herança comum de Kropotkin. Bresson argumenta que todos fazem jus à referida renda em função da herança comum que constitui o capital, o *know-how* e o *savoir-vivre* acumulados pela sociedade KOLACINSKI, D. *ibid.*

³⁴⁹ David Kolacinski afirma sobre a interessante concepção kropotkiniana: “De maneira invertida, encontramos aqui a questão da propriedade como direito natural, compreendido o *direito de propriedade intelectual*, devendo ser igualmente repartida entre todos os homens e proporcionar-lhes acesso àquilo que é necessário para sua vida: é preciso reconhecer a todos o *direito à vida*, nos diz Kropotkin.” KOLACINSKI, D. *id.* p. 48.

³⁵⁰ KOLACINSKI, D. *ibid.*

³⁵¹ “Portanto, é possível reconhecer campos nos quais os imperativos de atendimento das necessidades devem permitir ultrapassar os cálculos de eficiência, sempre relativos, sempre que o consumo possa ser infinito sem colocar em risco o equilíbrio do ecossistema.” KOLACINSKI, D. *ibid.*

Para Kropotkin, um instinto de sociabilidade que possibilitaria a cooperação e o auxílio mútuos seria ínsito ao homem e preexistente à estatalidade e ao direito estatal.³⁵² Assim, o autor concebia ser possível e desejável a substituição da sociedade política centralista de tipo estatal por uma federação de associações livres cuja base seria este instinto de cooperação e auxílio recíprocos³⁵³ de caráter antropológico.

Em tal sociedade seria possível, na ótica esposada por Kropotkin, que finalmente se realizasse um verdadeiro concerto e harmonização entre o interesse geral e os interesses individuais, superando-se os antagonismos e contradições entre exploradores e explorados.³⁵⁴

O pensamento anarquista em suas facetas econômicas constitui, como visto, crítica relevante a diversos institutos típicos da economia e do Estado capitalista, bem como a diversos dogmas e teorizações da Economia ortodoxa.

As concepções mutualistas e associativistas e a definição de economia e atividade econômica imbuídas de um sentido de justiça econômica que fluem a partir do pensamento anarquista serão relevantes para problematizar e propor alterações na concepção e no objeto da Economia, bem como em conceitos centrais desse campo de conhecimento, notadamente o conceito de eficiência.

1.2.7 Escola Histórica Alemã

A Escola Histórica Alemã surge no ano de 1840, ano da publicação de obras de Friedrich List (1789-1846)³⁵⁵ e de Wilhelm Roscher (1817-1894), considerando-se

³⁵² GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 704.

³⁵³ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 705.

³⁵⁴ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.* Vislumbra-se aqui outro ponto de contato entre o pensamento anarquista e várias correntes do liberalismo econômico, no que diz respeito na crença na possibilidade de uma harmonia dos interesses. GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 706.

³⁵⁵ Sobre o pensamento econômico nacionalista de Friedrich List remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 305-330.

1917, ano da morte de Gustav Schmoller (1838-1917), um de seus principais expoentes, como marco do fim da Escola.^{356_357}

As diferenças existentes entre os contextos social e político da Alemanha e da Inglaterra no século XIX, bem como peculiaridades econômicas que distinguiram o ambiente alemão naquele período histórico ajudam a compreender a emergência de uma teoria econômica tão diversa daquela difundida pela Escola Clássica³⁵⁸. Como ensinam Charles Gide e Charles Rist sobre o contexto de origem da Escola Histórica,

Foram precisas as particulares condições históricas e econômicas em que se encontrou a Alemanha no começo do século XIX para que surgisse uma contradita [a Adam Smith]. Embora tardia, não deixou de ser brilhante. Foi Friedrich List que, em 1841, no seu 'Sistema Nacional de Economia Política', se fez o novo teórico do protecionismo. (...) Certamente não foi um simples acaso que fez surgir o primeiro sistema econômico baseado na idéia de nacionalidade, no país cuja idéia política dominante, durante o século XIX, foi a realização da unidade nacional. (sic)³⁵⁹

Com efeito, como ressaltam os autores, entre outras questões, o protecionismo que caracteriza a escola e que terá significativas repercussões sobre a compreensão do papel do Estado em face da economia, era a receita da escola para fazer face à supremacia econômica da Inglaterra no período.³⁶⁰

³⁵⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 195; FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 234.

³⁵⁷ Como observa Ricardo Feijó, a Escola Histórica Alemã constituiu a principal alternativa à Escola Clássica durante o século XIX. FEIJÓ, R. *id.* p. 225. O autor distingue a Escola em velha (Wilhelm G. Roscher, Bruno Hildebrand e Karl Knies) e nova (Schmoller). FEIJÓ, R. *id.* p. 227.

³⁵⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 195. A título de observação, consigne-se que as leis mercantilistas permaneceram em vigor, na Alemanha, até 1871, e que o contexto inglês de liberdade comercial e concorrência ali não existia, como destaca Stanley L. Brue. BRUE, S. L. *ibid.* Como observa John Kenneth Galbraith, "No início do século XIX, a Alemanha ainda era uma miscelânea politicamente desordenada e economicamente atrasada de pequenos principados, cada um cobrando tarifas aduaneiras sobre os produtos dos demais, cada um reagindo com inveja diante da recepção indiferente dos seus próprios interesses, cada um refletindo em maior ou menor grau a personalidade e, não raramente, a excentricidade de seu governante. Desse solo infértil brotou um antagonismo espantosamente abrupto a Adam Smith e, por inferência, a Ricardo e a Malthus." GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** cit. p. 82. Ainda sobre as condições sociais, políticas e econômicas da Alemanha no início do século XIX remete-se a GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 305-316. Há certo alinhamento do pensamento econômico alemão e americano na época, quanto a certos aspectos, segundo Ricardo Feijó. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 226.

³⁵⁹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 304.

³⁶⁰ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 308.

Tal compreensão iria de chocar-se frontalmente com as concepções econômicas difundidas pela Escola Clássica e seus autores, segundo as quais todas as nações teriam a lucrar com o liberalismo econômico, em função da teoria das vantagens comparativas e dos ganhos de eficiência inerentes.³⁶¹

Assim, afastando-se do enfoque convencional da Escola Clássica em face da Economia, List introduz algumas ideias novas que permitirão o desenvolvimento das teorizações da Escola Histórica, quais sejam, a noção de nacionalidade – oposta à de internacionalismo – e a concepção de força produtiva – oposta à de valor de troca.³⁶²

Partindo da ideia de que os indivíduos integram nações e que, assim, não apenas os interesses individuais, mas também os interesses nacionais devem ser levados em conta, List e os demais autores da Escola frisavam a dependência existente entre o bem-estar individual e os interesses nacionais, assim como a diferença de força existente entre as diferentes nações.³⁶³

List chega mesmo a redefinir a própria Economia Política, afirmando constituir a mesma “a ciência que, tendo em conta os interesses atuais e a situação particular das nações, ensina a maneira como cada nação pode elevar-se ao grau de cultura econômica em que, através da liberdade de trocas, lhe seja possível e útil a união com outras nações civilizadas.”³⁶⁴

Stanley Brue considera como principais características distintivas da Escola Histórica a abordagem desenvolvimentista da economia, a ênfase no papel positivo do governo, a abordagem indutiva ou histórica e, por fim, a defesa da reforma conservadora.³⁶⁵

³⁶¹ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.* O argumento, como é sabido, conecta-se diretamente também à noção smithiana de que o comércio amplia os mercados e que esta ampliação aumenta a divisão do trabalho, fonte primordial – na visão daquele autor – do aumento da eficiência econômica e da produtividade.

³⁶² GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 309.

³⁶³ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³⁶⁴ List *apud* GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 310. Como observam estes autores, List afirmava também que “a Economia Política ou nacional é a que, tomando a idéia de nacionalidade como ponto de partida, ensina como determinada nação, na situação atual do mundo e de acordo com as circunstâncias que lhe são peculiares, pode conservar e melhorar a sua situação econômica.” (sic) GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³⁶⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 196-197.

Um aspecto importante da linha de pensamento consubstanciada nesta escola foi seu relativismo historicista, pois, em lugar de tentar criar uma pretensa “teoria universal”, os autores a ela filiados frisavam que estando a sociedade em constante mudança, aquilo que constitui uma doutrina econômica relevante para um país em determinado momento histórico pode ser irrelevante para outro país ou para outra época.³⁶⁶

Nesta ótica, pouco espaço resta às concepções “automatistas” do funcionamento da economia inspiradas na ideia de leis econômicas semelhantes às leis naturais.³⁶⁷

Ao passo que a Escola Clássica era individualista e pretensamente cosmopolita³⁶⁸, a Escola Histórica alemã revelava-se nacionalista, destacando-se em primeiro plano a sociedade e o Estado, e não os indivíduos.³⁶⁹ Consequentemente, a Escola considerava como necessária a intervenção do Estado na economia e sustentava a possibilidade de uma distinção entre os interesses comuns dos interesses individuais, concepções estas incompatíveis tanto com a ideia de economia como ordem natural quanto com a ideia de harmonia de interesses do pensamento econômico clássico.³⁷⁰

Na visão da Escola, uma nação, para ser normal, deve atingir determinado estágio de desenvolvimento econômico – isto é, agrícola-manufatureiro-comercial –,

³⁶⁶ BRUE, S. L. *id.* p. 197.

³⁶⁷ Os autores desta escola “argumentam que as leis econômicas não são absolutas e não podem ser deduzidas abstratamente de postulados ideais. As leis são sempre relativas às instituições e são obtidas pelo método indutivo a partir de dados históricos. Assim não há verdade absoluta nas leis econômicas, cada povo e cada época têm suas peculiaridades. Hildebrand assevera que a Economia clássica erra ao tentar aplicar sua teoria a todos os momentos e lugares.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 227.

³⁶⁸ Como explicitam Gide e Rist, “Adam Smith e sua escola admitiam – diz List – uma hipótese cosmopolita. Supuseram que todos os homens, desde já, reunidos numa grande comunidade, donde a guerra fosse banida. Em tal hipótese, com efeito, compondo-se a humanidade de indivíduos isolados, só contam os seus interesses individuais e não se pode justificar qualquer entrave à sua liberdade econômica. Mas entre o homem e a humanidade a História colocou as nações; é o que a *Escola* esquece. Cada homem faz parte duma nação, e a sua prosperidade individual depende, no mais alto grau, do poder político dela.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 309.

³⁶⁹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 82.

³⁷⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 197.

devendo a nação, enquanto não atingido o mesmo, orientar todas as suas forças neste sentido.³⁷¹

Como observam Charles Gide e Charles Rist, o fim da política comercial não deve mais ser compreendido apenas como o enriquecimento da nação, mas como mais complexo, histórico e político.³⁷²

Outra questão bastante relevante a ser observada é que a Escola Histórica Alemã preconizava e adotava uma abordagem histórica e sistêmica da economia. Como observa Stanley Brue:

Os economistas da escola histórica enfatizaram a importância de se estudar historicamente a economia como parte de um conjunto integrado. Como o fenômeno econômico e outros fenômenos sociais são interdependentes, a economia política não pode ser tratada de forma adequada se não estiver combinada com outros ramos da ciência social. A escola histórica criticava as qualidades abstratas, dedutivas, estáticas, irreais e não históricas da metodologia clássica e marginalista.³⁷³⁻³⁷⁴

Segundo Gide e Rist a verdadeira contribuição original de Friedrich List, para além da defesa da autonomia econômica nacional pelo protagonismo estatal e pela proteção da indústria interna e do mercado interno, consistiu no método do qual fora precursor.³⁷⁵ Segundo aqueles autores, List “é o primeiro a empregar, sistematicamente, a história e a comparação histórica como instrumento de demonstração em Economia Política.”³⁷⁶

³⁷¹ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 310-311.

³⁷² GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 311.

³⁷³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 197.

³⁷⁴ Como observa Ricardo Feijó, a Escola em comento rechaçava o caráter abstrato-dedutivo clássico, substituindo-o pelo método histórico, caracterizado pela pressuposição de que a vida econômica não é isolada da vida política e social. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 227.

³⁷⁵ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 327. Como observa Ricardo Feijó sobre o historicismo alemão, “Roscher acredita em leis de causa e efeito na história e na existência de princípios gerais aplicáveis com a ajuda da estatística. Outros, como Knies, negam que a história possa fornecer leis e princípios gerais e lançam a idéia de ‘analogia’, que acabou prevalecendo entre os historicistas. No uso da analogia não se supõe completo paralelismo entre passado e presente, dada a eterna mutação da realidade histórica. As situações históricas são apenas similares, não idênticas e, portanto, não é possível estabelecer leis de causa e efeito, só se podem buscar analogias entre elas.” FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 227-228.

³⁷⁶ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 327.

A diferença de enfoque tem repercussões relevantes em termos metodológicos. Com efeito, os economistas da Escola Histórica alemã foram defensores de estudos indutivos³⁷⁷ e da orientação histórica, buscando estudar todas as forças e facetas de fenômenos e comportamentos econômicos, e não apenas aquela evidentemente econômica.³⁷⁸

List introduziu ainda, de acordo com Gide e Rist, pontos de vista novos e férteis em matéria de política econômica, rechaçando o livre cambismo clássico, reputando-o demasiadamente absoluto e assentado em uma demonstração demasiadamente abstrata.³⁷⁹

Para List ao estadista não basta saber que o intercâmbio comercial produzirá aumento de riqueza em algum lugar, devendo assegurar-se que tal aumento beneficiará a nação, entre outras questões. Nas palavras de Gide e Rist, para o autor, “a política econômica está necessariamente subordinada à política geral.”³⁸⁰

Um dos pontos de vista novos introduzidos por List teria sido a noção relativizadora do individualismo clássico, segundo a qual as nações não constituiriam apenas associações políticas e morais, mas também econômicas, visão esta constitutiva da noção de protagonismo estatal na criação da prosperidade econômica e de subordinação de interesses particulares em face do interesse geral.³⁸¹

³⁷⁷ De acordo com Ricardo Feijó, os historicistas embora enfatizassem a pesquisa empírica não eram radicalmente empiristas, posto sofrerem em certa medida influência do pensamento hegeliano. Sobre o tema remete-se a FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 228-229. O mesmo autor observa, ainda, que o principal ataque contra os historicistas, na Inglaterra, foi encetado por Neville Keynes, que sustentava que o método indutivo não poderia excluir o método dedutivo. O pai de John Maynard Keynes criticara, ainda, o psicologismo dos historicistas alemães. FEIJÓ, R. *id.* pp. 230-231.

³⁷⁸ BRUE, S. *op. cit.* p. 197. Como evidencia Feijó, os autores desta Escola enfatizavam o caráter social da economia e sustentavam a necessidade de buscar conhecer o fenômeno econômico também a partir de outros ramos do conhecimento, como a Política, a Sociologia e a Psicologia. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 228.

³⁷⁹ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 327. Feijó faz ressalva importante ao observar que os autores da Escola Histórica não recusavam qualquer valor ao método abstrato e dedutivo, reconhecendo seu valor em certos estágios do estudo e seu caráter complementar, como faz Roscher. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 228.

³⁸⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 327. Complementam os autores: “E hoje nenhum economista se recusa a reconhecer a impossibilidade de as separar na prática, nem também deixa de ver a influência do poder político sobre a prosperidade econômica.” GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 327-328.

³⁸¹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 328.

Em franca oposição e contraste à rival Escola Clássica, digna de nota é a concepção do historicismo alemão de que Estado deveria encarregar-se do processo de melhoria das condições de vida das pessoas comuns.³⁸² Como observa Ricardo Feijó,

No plano da doutrina moral, os historicistas alemães apregoavam que a atividade econômica deveria ser moralmente justificada. A produção deveria se dar em volume adequado e o padrão de distribuição de renda e de riqueza deveriam atender um critério de justiça. O estado alemão deveria estar vigilante na promoção dos valores morais na vida econômica. Com isso ele estaria não apenas favorecendo o desenvolvimento material do país, mas também as condições do cidadão comum. Com tal ação, o Estado fortalece a lealdade do público que via nele o zelador da eficiência econômica e o protetor de seu bem-estar. Schmoller defende abertamente que o Estado patrocine reformas sociais paternalistas de modo a promover a justiça econômica. O principal objetivo da política social é uma distribuição de renda mais justa.³⁸³

Isso repercutia, em termos práticos, não apenas em um menor liberalismo e uma maior aceitação da regulação estatal³⁸⁴, mas também no reformismo característico da Escola.

Este por sua vez era, em grande medida, um reformismo antissocialista, ou seja, uma orientação que sustentava o expediente a reformas sociais moderadas como freio aos ímpetus revolucionários do período.³⁸⁵

Como observa Galbraith acerca do pensamento de Friedrich List, este concebia a realidade econômica não como algo estático, mas como algo dinâmico.³⁸⁶

De acordo com o economista canadense

³⁸² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 199.

³⁸³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 234. Como ressalva o mesmo autor, no entanto, a escola não sustentava concepções socialistas, pelo contrário, seu reformismo era anti-socialista. FEIJÓ, R. *ibid.*

³⁸⁴ “Os membros da escola histórica reconheceram que a iniciativa comercial livre sem limitações não produz necessariamente os melhores resultados possíveis para toda a sociedade.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 199.

³⁸⁵ BRUE, S. L. *id.* p. 197.

³⁸⁶ “Em *Das nationale System der politischen Oekonomie*, no que iria constituir uma importante tradição do pensamento econômico alemão, ele retratou a vida econômica não como um modelo estático, mas como um processo contínuo que atravessa sucessivos estágios de desenvolvimento – primitivo ou selvagem, pastoril, agrícola e familiar, até atingir na maturidade uma combinação de atividades agrícola, industrial e comercial. O Estado, sustentava ele, tem um papel indispensável para facilitar a passagem de um estágio anterior para um dos mais avançados e para se chegar ao equilíbrio final entre agricultura, indústria e comércio – um objetivo que, dizia ele, Adam Smith não

Surgia aqui, em forma preliminar, o início de uma outra discussão extremamente relevante para os tempos atuais. A economia é uma disciplina estática? Estariam, portanto, os economistas buscando e encontrando verdades eternas como o fazem, digamos, os químicos e os físicos? Ou estariam as instituições das quais a economia trata num processo constante de transformação, obrigado a disciplina – e, mais ainda, as políticas e diretrizes que ela propõe – a sofrer um processo similar e constante de acomodação? Friedrich List foi um dos primeiros profetas do segundo ponto de vista (...).³⁸⁷

Assim, não haveria verdade econômica absoluta para List. As tarifas protecionistas, por exemplo, teriam um papel específico a desempenhar em cada estágio específico de desenvolvimento econômico.³⁸⁸ Segundo Galbraith, “aqui estava o argumento mais vigoroso e mais duradouro (na verdade, praticamente irrefutável) contra Adam Smith, seus seguidores e sua defesa do livre comércio: eles não estavam afirmando uma verdade universal, mas simplesmente apregoando aquilo que era indubitavelmente vantajoso no caso especial da Grã-Bretanha.”³⁸⁹

No mesmo sentido, Gide e Rist consideram que o pensamento da Escola Histórica Alemã, preconizado por List, constitui uma ampliação do horizonte político dos escritores clássicos, consubstanciada na substituição do enfoque estático clássico por um enfoque dinâmico.³⁹⁰ Observam aqueles autores que List

havia identificado e analisado adequadamente.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 84. No mesmo sentido, GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 310, que observam à nota de rodapé n. 213 a quase completa adoção, por List, da enumeração dos estágios de desenvolvimento econômico de Smith.

³⁸⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 84.

³⁸⁸ GALBRAITH, J. K. *ibid.* Como evidenciam Charles Gide e Charles Rist, “o protecionismo em List tem caracteres originais (...), não é remédio universal que possa aplicar-se indiferentemente a todos os países, em todas as épocas, e a todos os produtos. É um processo particular que só tem razão de ser em circunstâncias precisas e em determinadas condições.” GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 314.

³⁸⁹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 84-85. Conclui o autor: “Nenhuma discussão econômica seria mais durável do que a entre aqueles que, concebendo o livre comércio como um ramo da teologia, recusam-se a admitir qualquer pecado, e aqueles que, condoídos com as empresas jovens lutando contra as velhas, clamam por uma absolvição limitada.” GALBRAITH, J. K. *id.* p. 85.

³⁹⁰ GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* p. 329. Como observam estes autores, “o processo preconizado por List – os direitos protecionistas – pode parecer desastroso. Mas a idéia que o inspira – a concepção dum papel econômico positivo, concedido ao poder em nome dos interesses do futuro –, continua verdadeira. Embora nos pareça hoje quasi banal, era uma idéia nova no momento em que List a defendia.” GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

(...) não demoliu a teoria abstrata do comércio internacional (...) mas, em compensação, carregou uma pedra essencial ao edifício da demonstração que todo o século XIX forneceu, isto é, que os clássicos extraíram muito rapidamente conclusões práticas universais das suas teorias, esquecendo que, em Economia, só se pode passar da teoria pura para as aplicações particulares estabelecendo, como anéis intermediários, toda a série de considerações de lugar, de tempo e de meio que só as necessidades de abstração puderam legitimamente afastar. O mérito de List consistiu em pôr esta verdade em evidência a propósito do comércio internacional, na época peculiar em que escrevia.³⁹¹

Entre as forças produtivas que atuavam como fontes permanentes de propriedade e, ao mesmo tempo, como condições de progresso de uma nação, List mencionava instituições nacionais e políticas como as liberdades de pensamento, de consciência, de imprensa, o júri, a publicidade da jurisdição, a fiscalização da atividade administrativa e, ainda, o governo parlamentar.³⁹²

Segundo List, os influxos de tais instituições sobre o trabalho dos indivíduos seriam estimulantes e saudáveis.³⁹³ O pensamento da Escola enfatiza a importância da atividade industrial e a possibilidade de utilização do protecionismo para protegê-la, especialmente em suas fases iniciais.³⁹⁴

Por fim e não menos importante, de se ressaltar a visão da Escola Histórica segundo a qual não seria possível cogitar leis imutáveis da natureza humana, mas meras deduções elaboradas a partir de generalizações acerca de propriedades humanas relativamente estáveis.³⁹⁵

Conexa a esta concepção que, no fundo, nega uma natureza humana pré-determinada – *homo economicus* – encontra-se a concepção segundo a qual deve-se investigar os mecanismos sociais que moldam a consciência individual por meio de um processo histórico e social.³⁹⁶

³⁹¹ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 329-330.

³⁹² GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 312.

³⁹³ GIDE, C.; RIST, C. *ibid.*

³⁹⁴ GIDE, C.; RIST, C. *id.* pp. 313 e ss.

³⁹⁵ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 228.

³⁹⁶ FEIJÓ, R. *id.* pp. 228-229. Como observa este autor, para os historicistas alemães, “fatores sociais modelam a consciência dos indivíduos e essa consciência se manifesta nas instituições. As crenças individuais dos membros da sociedade incorporam-se nas convenções sociais e passam

Evidentemente por tudo quanto foi dito a Escola Histórica Alemã não era infensa à intervenção estatal na economia, que antes via como necessária para o desenvolvimentismo nacionalista que pregava, amplamente baseado no protecionismo.³⁹⁷ Assim a Escola se notabilizou pelo mais importante ataque ao *laissez-faire* em seu tempo.³⁹⁸

A exploração da crítica e das concepções do historicismo alemão do século XIX possibilitam evidenciar alguns equívocos da Economia Clássica no que diz respeito a seu objeto, à abordagem do mesmo e a questões metodológicas relevantes.

A crítica ao caráter estático, irrealista, amoral e demasiadamente abstrato, bem como à preponderância do método dedutivo³⁹⁹ e à parcialidade do liberalismo inconsequente clássicos são legados importantes da Escola História para o pensamento econômico heterodoxo posterior.

Sua visão holística, sistêmica e histórica da economia, com impactos teóricos, analíticos e metodológicos evidenciam a possibilidade de visões alternativas e mais realistas sobre os fenômenos econômicos e a necessidade de sofisticações na Ciência Econômica.

A Escola evidenciou, ainda, aspectos importantes da relação entre Economia e Política, que impactam sobre aspectos relevantes do pensamento teórico e sobre as concepções de política econômica, além de possibilitar uma discussão sobre a justiça do sistema econômico.

Tais contribuições ou legados da Escola Histórica serão relevantes ao evidenciar as limitações da ortodoxia econômica e também ao evidenciar as

a comandar a vida social.” FEIJÓ, R. *id.* p. 229. Este autor observa ainda, por fim, a existência de uma orientação histórica – ainda que carente de uniformidade – no pensamento econômico inglês, representada por autores como Richard Jones, W. Bagehot, T.E. Cliffe Leslie, J. K. Ingram, A. Tonybe e T. Rogers. Tais orientações igualmente criticam o caráter exageradamente abstrato e irrealista da Escola clássica e de seus métodos, priorizam a observação dos fatos, sendo que a crítica de Ingram à *mainstream economics* de sua época foca seu caráter antiquado, individualista e amoral. FEIJÓ, R. *ibid.*

³⁹⁷ FEIJÓ, R. *id.* p. 234: “Não apenas no debate metodológico, mas em questão de política econômica as contribuições desses alemães foram sendo absorvidas. Em especial, os trabalhos dessa escola forneceram apoio teórico à ideologia de um Estado intervencionista na economia.”

³⁹⁸ FEIJÓ, R. *id.* p. 235.

³⁹⁹ Sobre a questão dos métodos indutivo e dedutivo veja-se JEVONS, W. S. *op. cit.* pp. 55 e ss.

possibilidades de uma reinvenção da Economia que impactará sobre as visões econômicas do jurídico.

1.2.8 O marginalismo

As origens do marginalismo remontam a 1871, ano de publicação das obras de William Stanley Jevons (1835-1882) e Carl Menger (1840-1921) sobre a teoria da utilidade marginal.⁴⁰⁰ Com efeito, estas obras representam a denominada revolução marginalista⁴⁰¹, metáfora que evidencia o quão significativo foi o advento desta Escola para a Ciência Econômica.⁴⁰²

Ricardo Feijó ensina que entre 1840 e 1860 imperava soberana a ortodoxia clássica no pensamento econômico, contando com prestígio oriundo de seus elementos teóricos e de elementos externos, notadamente a prosperidade econômica obtida após a abolição das leis dos cereais.⁴⁰³

No entanto, a partir da década de 70 do século XIX mudanças do ambiente econômico alteraram o quadro, conduzindo à crise da Escola clássica e ao surgimento e fortalecimento de orientações rivais.⁴⁰⁴ Em função da crise econômica,

⁴⁰⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 212. Como observa Hunt, as obras que expressam o nascimento do marginalismo são *The Theory of Political Economy*, de Jevons (1871), *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, de Menger (1871) e, por fim, *Éléments d'Économie Politique Pure* (1874), de Walras. HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 237-238.

⁴⁰¹ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 235. A mesma tem como data de ocorrência o período 1871-1873. *Id.*, p. 243. Alguns consideram exagerada a expressão revolução, haja vista que, além de ter conhecido um progresso lento e gradual, somente ao século XX conheceu seu pleno desenvolvimento. FEIJÓ, R. p. 262. Aduz o autor, ainda, que “o termo *revolução* é inapropriado também porque alguns aspectos da antiga ortodoxia sobreviveram ao ataque revolucionário. Outros aspectos nunca foram atacados. Houve ainda uma restauração contra-revolucionária da ortodoxia com a retenção de conceitos e terminologia clássicos na obra de Marshall.” FEIJÓ, R. *id.* pp. 262-263.

⁴⁰² Sobre a doutrina hedonista do marginalismo, veja-se GIDE, C.; RIST, C. *op. cit.* pp. 580 e ss. Os autores consideram o advento da Escola um “pseudo-renascimento” da Escola Clássica. GIDE, C.; RIST, C. *id.* p. 583.

⁴⁰³ FEIJÓ, R. *id.* p. 236.

⁴⁰⁴ FEIJÓ, R. *id.* p. 236. Interessante observar, a partir deste caso, assim como do que ocorrerá com o keynesianismo um século mais tarde, como os acontecimentos e especialmente as crises econômicas contribuem poderosamente para com a queda de escolas dominantes e para com a ascensão de novas orientações. Com efeito, há uma grande depressão a partir de uma crise em 1873. Este ano marca o início do período conhecido como longa depressão da Europa. HUNT, E.

no período entre 1870 e 1890 predominam algumas orientações de matiz histórico.⁴⁰⁵

A proposta de elaboração de um sistema teórico marginalista mais geral ficou em germinação entre 1862 e 1873, sendo desenvolvida por Jevons, Menger e Walras.⁴⁰⁶

Na década de 1870 surge, na Inglaterra, um grupo de economistas que rejeitam as teorias dominantes do valor e da distribuição – ou do salário.⁴⁰⁷ Entre as críticas à teoria do fundo de salários destacam-se as de William Stanley Jevons.⁴⁰⁸

Entre as variadas tentativas de explicação alternativas à teoria do fundo de salários começaram a ganhar corpo aquelas teorizações elaboradas a partir do enfoque da análise da produtividade marginal, tornando-se cada vez mais difundida a explicação dos salários a partir da produtividade do trabalho.⁴⁰⁹

Havia uma estreita ligação entre a teoria clássica do salário e a teoria do valor trabalho de David Ricardo, que igualmente passa a ser criticada no mesmo período,

K. *op. cit.* p. 236. Sobre as crises econômicas inglesas após 1870 veja-se FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 241 e ss.

⁴⁰⁵ FEIJÓ, R. *id.* p. 240.

⁴⁰⁶ FEIJÓ, R. *id.* p. 252.

⁴⁰⁷ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 236. Como recorda este autor, “de fato, a análise da distribuição de Ricardo e Mill estava apoiada em dois pilares que entraram em colapso: a teoria do fundo de salários e a doutrina da taxa natural de salários. A primeira assevera a existência de um montante de capital anual na sociedade destinado à manutenção dos trabalhadores. Os salários médios seriam então determinados pela comparação entre o fundo de adiantamento e o número de trabalhadores a serem mantidos por ele. Parte-se da hipótese de trabalho homogêneo, assumida explicitamente por Mill no capítulo ‘Os salários’ de seus *Princípios de economia política*, embora em capítulos subsequentes Mill discuta os diferenciais de salário, rompendo com ela. Para efeito de uma teoria geral dos salários, entretanto, permaneceu a idéia de trabalho homogêneo e isso era o que contava nas controvérsias políticas da época. A doutrina da taxa natural de salários utiliza as implicações da teoria da população de T. Malthus, mostrando que certo nível de salário manteria inalterada a oferta de trabalho e que qualquer outro nível não se sustentaria no longo prazo.” (sic) FEIJÓ, R. *id.* pp. 236-237.

⁴⁰⁸ FEIJÓ, R. *id.* p. 237. Por questões de concisão, não se tratará aqui, senão eventualmente, dos precursores do marginalismo, como Antoine Augustin Cournot (1801-1877) e J. H. Von Thünen (1783-1850).

⁴⁰⁹ FEIJÓ, R. *id.* p. 239. Como explicita Keynes na Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, a teoria clássica do emprego baseava-se em dois postulados fundamentais não discutidos: aquele segundo o qual o salário é igual ao produto marginal do trabalho e aquele segundo o qual a utilidade do salário, por ocasião do emprego de determinado volume de trabalho, é igual à desutilidade marginal desse mesmo volume de emprego. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 18.

e é em torno da questão do valor que se fixarão as críticas daqueles que se tornarão os expoentes do marginalismo.⁴¹⁰

Como observa John Kenneth Galbraith, o marginalismo nasce às voltas com o paradoxo da água e do diamante – ou paradoxo do valor⁴¹¹ –, carente de resolução satisfatória desde o tempo de Smith. Observa Galbraith que no ano de 1831, Auguste Walras (1801-1866), pai de Léon Walras (1834-1910) procurou resolver o problema na obra *De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur*.⁴¹²

Aceitando o custo como fonte de valor, Auguste Walras acrescera a ele a noção de utilidade ou proveito, e ainda sustentara que o valor de um produto teria conexão com sua escassez ou *rareté* (raridade).⁴¹³

Observa Galbraith que outros dedicaram-se ao tema sem sucesso, até o ano de 1871, ano em que William Stanley Jevons⁴¹⁴ na Inglaterra, Carl Menger⁴¹⁵ na

⁴¹⁰ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 239. “Temos, em suma, três pilares básicos da Economia Política clássica que foram bastante criticados: a doutrina da população de Malthus, a teoria do fundo de salários e a teoria do valor-trabalho.” FEIJÓ, R. *id.* p. 240. A elas se poderia acrescentar, segundo o mesmo autor, a teoria da renda. FEIJÓ, R. *ibid.* A crítica à teoria do valor trabalho inaugura a Teoria da Economia Política de Jevons. JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 47.

⁴¹¹ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 249. De acordo com Hunt, tanto Jevons quanto Menger e Walras deram, cada um a seu modo, uma solução coerente ao referido paradoxo. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴¹² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 97.

⁴¹³ Como explica Léon Walras, “na ciência, há três soluções principais para o problema da origem do valor. A primeira é a de A. Smith, de Ricardo e de Mac-Culloch; é a solução inglesa; coloca a origem do valor no *trabalho*. Essa solução é muito estreita e recusa valor a coisas que realmente o têm. A segunda é a de Condillac e de J.-B. Say; é, sobretudo, a solução francesa: coloca a origem do valor na *utilidade*. Essa solução é muito ampla e atribui valor a coisas que, na realidade, não o têm. Finalmente, a terceira, que é boa, é a de Burlamaqui e de meu pai. A.-A. Walras: ela coloca a origem do valor na *raridade*.” WALRAS, L. **Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura**. Trad. João G. Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 147. A referência é a Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748). No mesmo sentido, GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 97. Como observa Ricardo Feijó, “os três expoentes da Revolução Marginalista enfatizam o problema da escassez e buscam um refinamento da lógica econômica, fornecendo um tipo de lógica da escolha econômica racional.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 269. Sobre o conceito de raridade veja-se WALRAS, L. *op. cit.* p. 46.

⁴¹⁴ Ensina Ricardo Feijó que Jevons teria apontado três deficiências na teoria do valor ricardiana, quais sejam: a) reclamar uma teoria especial para mercadorias com oferta fixa, como estátuas raras, o que provaria que o trabalho não seria essencial para o valor; b) o fato de elevados custos em trabalho não conferirem alto valor à mercadoria em caso de erro na previsão da futura demanda; c) a heterogeneidade do trabalho, que permite sua comparação apenas em função do valor do produto. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 239.

⁴¹⁵ Feijó: “Menger critica a divisão clássica dos fatores de produção, entre terra, trabalho e capital, na determinação do valor. Pergunta então por que, em Ricardo, o valor da terra não dependeria também do custo em trabalho para mantê-la e por que então seria necessária uma teoria particular para a renda da terra.” FEIJÓ, R. *ibid.*

Áustria e John Bates Clark (1847-1938) nos EUA reconheceram o papel da utilidade marginal⁴¹⁶ em lugar da utilidade geral⁴¹⁷, deflagrando assim o que Avelãs Nunes e outros denominaram revolução marginalista. Como ensina Galbraith acerca deste conceito revolucionário para o pensamento econômico

Não é a satisfação total de possuir ou usar um produto (ou serviço) que lhe dá valor; mas sim a satisfação ou prazer – a utilidade – proporcionada pelo último e menos desejado acréscimo ao consumo. O último resto de comida numa época de fome é extremamente valioso, e obteria um elevado preço; já em condições de abundância não tem valor algum e vai para o lixo.⁴¹⁸

É o conceito de utilidade marginal que finalmente revela-se apto a resolver o paradoxo da água e do diamante – ou paradoxo do valor⁴¹⁹ de uso e do valor de troca –, evidenciando porque a água, em função de sua farta disponibilidade, apesar de sua alta utilidade, ostenta baixo valor, contrariamente ao diamante, que apesar de sua baixa utilidade, em função de sua raridade ou escassez, ostenta alto valor.⁴²⁰

Hunt ensina que foram Jevons, Menger e Walras⁴²¹ que formularam a teoria do valor-utilidade que se revela central no pensamento econômico ortodoxo neoclássico até nossos dias.⁴²²

⁴¹⁶ Interessante observar que Jeremy Bentham (1748-1832), antecipando-se a seu tempo, revelava ter noções de utilidade marginal ao afirmar em sua obra *Introdução aos princípios da moral e da legislação* que a quantidade de felicidade propiciada por cada partícula de riqueza de igual grandeza será menor a cada nova partícula adicionada. FEIJÓ, R. *id.* p. 250.

⁴¹⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 97.

⁴¹⁸ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁴¹⁹ O paradoxo do valor, como já dito, era problema enfrentado desde a Escola Clássica. David Ricardo, por exemplo, fez menção ao problema, a partir da comparação do ar e da água com o ouro. Segundo Ricardo, embora a utilidade seja imprescindível, o valor de troca radicaria na escassez e na quantidade de trabalho necessária à sua produção. RICARDO, D. *op. cit.* p. 43.

⁴²⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 97. Onde decorre que “mantendo-se os outros fatores constantes, a utilidade de qualquer bem ou serviço diminui com a sua crescente disponibilidade; é a utilidade da última e menos desejada unidade – a utilidade da unidade marginal – que determina o valor de todas.” GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 97-98. Sobre a teoria da raridade como origem do valor remete-se à Seção III, Lição XIV, do Compêndio de Walras. WALRAS, L. *op. cit.* pp. 150-153.

⁴²¹ De acordo com Ricardo Feijó, “Walras aponta para a falta de generalidade da teoria de Ricardo e não aceita a diferenciação ricardiana entre bens raros e bens reproduzíveis. Outro argumento de sua crítica é o de que os preços dos produtos e dos fatores produtivos têm efeitos recíprocos e mesmo o valor de um fator afeta o de outro. Portanto, assevera Walras, a idéia clássica da causalidade do valor como indo do custo dos fatores para o preço do bem não se sustenta.” (sic) FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 239.

A utilidade marginal parecia revolucionária por ter solucionado o problema do preço⁴²³, sendo dado como certo, a partir de seu advento, que o preço seria “aquilo que as pessoas pagariam pelo último ou menos desejado incremento; e neste nível ele se estabilizaria.”⁴²⁴

Como observa Galbraith, a utilidade marginal ostentava relevância para a utilidade, para a demanda e para a oferta, e foi o primeiro passo para uma formulação mais refinada.⁴²⁵ Ricardo já havia aplicado o conceito à oferta, ao analisar a renda da terra⁴²⁶. No setor industrial, diferentes níveis de eficiência ou competência ostentados por diferentes empresas revela a produção dos mesmos produtos a custos diferentes.⁴²⁷

Como consequência, “tanto na indústria como na agricultura, há uma onipotente e onipresente lei de retornos decrescentes – o que vale dizer custos crescentes”, com relevância dos custos na margem.⁴²⁸ Daí nasce um conceito basilar do saber econômico convencional, nas palavras de Galbraith:

Especificamente, de uma utilidade marginal decrescente para os compradores provém uma redução coletiva da disposição ou vontade de gastar. Surge daí a curva de demanda impiedosamente descendente: os

⁴²² HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴²³ Ensina Feijó que “a análise marginalista possibilita a plena solução do falso paradoxo do valor ao olhar para o lado da demanda e compreender que ela pode ser derivada do antigo conceito de utilidade. O valor de uso relaciona-se com a utilidade total do estoque de bens previamente possuído. O valor de troca refere-se aos acréscimos nessa utilidade, proporcionados pelo consumo sucessivo do bem. Se a solução marginalista parece evidente, o caminho para chegar a ela foi sendo desvendado muito lentamente.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 250.

⁴²⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 98. Sobre a utilidade total e os graus de utilidade, bem como as variações do grau final de utilidade, remete-se ao Capítulo II da Teoria de Jevons. JEVONS, W. S. *op. cit.* pp. 76 e ss.

⁴²⁵ Como é sabido a lei do rendimento decrescente e a lei da utilidade marginal decrescente constituem elementos centrais da nova orientação teórica da Ciência Econômica. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 267. Hunt observa que a noção de utilidade marginal decrescente foi desenvolvida independentemente por Jevons, Menger e Walras. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴²⁶ Como é sabido, Ricardo é o precursor da análise marginal, ao explorar como a pressão causada pelo aumento demográfico imporia o cultivo de terras cada vez menos férteis e como o valor marginal pelo uso da terra determinaria o valor de todas as demais unidades. Sobre a teoria ricardiana dos rendimentos decrescentes da terra, remete-se a BRUE, S. L. *op. cit.* pp. 103 e ss.; HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 87 e ss. RICARDO, D. *op. cit.* pp. 65 e ss.

⁴²⁷ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 98.

⁴²⁸ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

preços cada vez mais baixos necessários para movimentar ofertas cada vez maiores do mercado. Já dos custos marginais crescentes dos produtos e dos custos crescentes dos produtores menos eficientes surge o custo crescente de ofertas adicionais. Quanto mais se procura algo, mais é preciso pagar. Surge daí a curva ascendente de oferta: os preços cada vez mais elevados necessários para cobrir os custos marginais e ampliar as ofertas para o mercado. E no ponto de intersecção das duas curvas está o evento supremo: o preço. Este é o preço necessário para gerar uma oferta, e é também o preço que a necessidade menos urgente exige.⁴²⁹

Trata-se da lei da oferta e da demanda, segundo a qual os preços seriam definidos não por seu custo de produção, mas pela oferta e procura em seu equilíbrio sempre instável.⁴³⁰ Salários e preços passavam a ser explicados através dela, assim como a taxa de juros.⁴³¹ Para o marginalismo, a única e relevante imperfeição no sistema econômico consistiria no monopólio, e isso fundava a crítica aos sindicatos.⁴³²

Insta acrescentar que o marginalismo surge no século XIX em um contexto de graves problemas econômicos e sociais iniciados com a Revolução Industrial como é sabido. Esta escola de pensamento rejeitava todas as propostas então existentes para o enfrentamento do contexto socioeconômico do período, ou seja, rechaçava o socialismo, bem como o apoio ao sindicalismo e a intervenção do Estado na economia com o objetivo de promover a redistribuição de renda.⁴³³

⁴²⁹ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁴³⁰ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 99. Observa Galbraith o que considera a magia da marginalidade: “no prístino mundo clássico nenhum trabalhador, desnecessário dizer, tinha o poder de fixar seu próprio salário. Nem havia qualquer sindicato que o fizesse por ele. E, excetuando-se o caso admitidamente excepcional dos monopólios, nenhum produtor capitalista fixava seus próprios preços ou o retorno sobre seu investimento. Tudo isso também decorria autonomamente das forças do mercado.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁴³¹ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

⁴³² GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 100. “Os sindicatos seriam eventualmente aceitos dentro do sistema clássico, mas seriam uma presença instável. Há certamente nos sindicatos um poder monopolista que desvincula os salários da operação livre e inteligente das forças do mercado. E há neles uma causa de desemprego: os sindicatos recompensam aqueles que têm emprego às custas daqueles que estão além da margem.” *Ibid.* Na ótica da maioria dos economistas, os sindicatos, como qualquer outro mecanismo público ou privado de fixação de preços, seriam o exemplo de defeito monopolista, observa Galbraith.

⁴³³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 213. Observa Feijó acerca do contexto de surgimento do marginalismo que “na época da revolução, o problema da escassez tornou-se central para a opinião pública. Ele passou a representar o que há de essencialmente econômico no comportamento dos indivíduos e na descrição de um sistema social. Talvez a ênfase na escassez tenha algum correlação com a época histórica de crise econômica em que esse conceito foi alçado ao primeiro plano. (...) De

Os marginalistas refutavam a intervenção estatal na economia e sustentavam a alocação e distribuição de recursos exclusivamente pelo mercado, em um liberalismo econômico extremado e intransigente.⁴³⁴

Assim, um ponto de semelhança entre marginalismo e Escola Clássica é a orientação teórica em direção ao equilíbrio, consubstanciado na crença de mecanismos de ajuste automático da economia⁴³⁵, reproduzindo-se em uma demanda de menor intervenção governamental.⁴³⁶

Quanto à afirmação marginalista do equilíbrio econômico geral, cabe a Walras o crédito por ter refinado as ideias de Jean-Baptiste Say, Nassau William Senior (1790-1864) e Frédéric Bastiat (1801-1850) quanto ao particular.⁴³⁷

A Escola distingue-se de todas as demais por algumas características próprias, notadamente além do foco na margem e da ênfase na utilidade subjetiva⁴³⁸, o traço comportamentalista⁴³⁹, a defesa da livre concorrência, e a teoria do preço orientado pela demanda. Do ponto de vista metodológico, caracteriza-se pelo enfoque micro-econômico e a adesão a métodos abstratos e dedutivos.

Duas características iniciais atribuem o próprio nome da Escola: o foco na margem e a ênfase na utilidade subjetiva⁴⁴⁰, significando que a análise marginalista

qualquer modo, no fim desse século a teoria marginalista funcionou como modelo aceitável para a escolha alocativa ótima de recursos escassos.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 264.

⁴³⁴ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 213. Nesse sentido, afirma Walras que “a liberdade propicia, em certos limites, o máximo de utilidade; portanto, as causas que a perturbam são um empecilho a esse máximo; e quaisquer que possam ser, é necessário suprimi-las o mais possível.” WALRAS, L. *op. cit.* p. 194.

⁴³⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 214.

⁴³⁶ BRUE, S. L. *id.* p. 215. Walras sustenta uma visão do mercado como em constante equilíbrio, embora por vezes agitado por crises, recorrendo à metáfora de um lago eventualmente perturbado por tempestades. WALRAS, L. *op. cit.* pp. 272-273.

⁴³⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴³⁸ Sobre a capacidade de medição de conceitos como prazer, sofrimento ou utilidade na Escola veja-se JEVONS, W. S. *op. cit.* pp. 50-55. O expoente do marginalismo sustenta a possibilidade de mensuração de tais elementos a partir de seus efeitos quantitativos. *Id.* p. 52.

⁴³⁹ Como o próprio Jevons afirma no Capítulo I de sua Teoria da Economia Política, “a teoria que segue está baseada inteiramente sobre o cálculo do prazer e do sofrimento; e o objeto da Economia é a maximização da felicidade por meio da aquisição do prazer, equivalente ao menor custo em termos do sofrimento.” JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 59.

⁴⁴⁰ Segundo Feijó, Jevons, Menger e Walras tinham em comum enaltecer o papel da subjetividade e dos conceitos de necessidade, desejo, satisfação e necessidade na compreensão dos fenômenos econômicos. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 262.

direciona sua atenção para o ponto de mudança em que são tomadas as decisões econômicas⁴⁴¹ e que enfatiza a utilidade subjetiva⁴⁴² sustentando a dependência da demanda relativamente à utilidade marginal, concebida como um fenômeno subjetivo e psicológico.⁴⁴³

Assim, a análise à margem e a utilidade subjetiva são inextricavelmente relacionados, pois a decisão econômica racional, para esta Escola de pensamento, é tomada na margem e, além disso, o critério de tomada desta decisão é a utilidade⁴⁴⁴ subjetiva, puramente psicológica.

Em função exatamente destes postulados, manifesta-se outro traço característico da Escola Marginalista, qual seja, a ênfase *no comportamento econômico racional*. Observa Stanley Brue que

Os marginalistas supuseram que as pessoas agem racionalmente ao comparar prazeres e trabalho, ao medir a utilidade marginal de diferentes bens e ao equilibrar necessidades presentes contra as futuras. Eles também supuseram que o comportamento intencional é normal e típico e que as anormalidades aleatórias cancelarão umas às outras. O método empregado pelos marginalistas teve suas raízes em Jeremy Bentham, em que eles assumem que o controle dominante da ação humana é buscar a utilidade e evitar a desutilidade (utilidade negativa).⁴⁴⁵

⁴⁴¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 213.

⁴⁴² Observa Feijó que intuições sobre os determinantes psicológicos dos preços remontam à Antiguidade mas que, no entanto, a Escola Clássica conferiu absoluta prioridade na questão do valor aos custos em trabalho, com exceção de Malthus. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 249.

⁴⁴³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 214. Como observa Stanley Brue, “os custos de produção incluem os sacrifícios e os aborrecimentos de trabalhar, gerenciar um negócio e economizar dinheiro para formar um fundo de capital.” Carl Menger, ao discorrer sobre o valor dos bens em sua obra *Princípios de Economia Política*, relaciona o valor tanto às variações do grau de importância das diversas necessidades a serem atendidas com um bem – o que denomina fator ou elemento subjetivo – quanto à dependência do atendimento de diversas necessidades em relação aos bens – o que denomina fato ou elemento objetivo. MENGER, C. **Princípios de Economia Política**. Trad. Luiz J. Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 288 e 292. Sobre o caráter subjetivo da medida do valor veja-se MENGER, C. *op. cit.* pp. 304 e ss.

⁴⁴⁴ Recordando que “a palavra ‘utilidade’ é recorrente no vocábulo da Economia clássica inglesa, mais com o significado de capacidade de um bem de satisfazer a desejos do que medida subjetiva de satisfação ou necessidade.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 249.

⁴⁴⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 213-214. A inspiração utilitarista do marginalismo-subjetivismo é evidente e assumida por Jevons no prefácio ao seu *Teoria da Economia Política*. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 239.

Não desvinculada de tais características, mas a elas diretamente relacionada está a ênfase na microeconomia. Os principais protagonistas econômicos na análise marginalista são as empresas, as famílias, os consumidores, os indivíduos, e não o conjunto da economia. A análise foca principalmente aspectos microeconômicos como o processo racional de tomada de decisões individuais, condições de mercado para bens específicos, e assim por diante.⁴⁴⁶

Verifica-se, outrossim, uma substituição do agente econômico sociológico e histórico por um indivíduo maximizador abstrato:

Ao isolar um núcleo lógico de considerações sociais que afetam o processo econômico, o marginalismo resume o problema econômico a um exercício de maximização condicionada. Qualquer preço é explicado como efeito da aplicação desse princípio geral a um caso particular. A idéia de um agente maximizador confere unidade e universalidade ao processo de escolha envolvido nas diferentes situações econômicas.(sic)⁴⁴⁷

Conexa ao pano de fundo teórico adotado e à abordagem microeconômica dos fenômenos está, ainda, a adoção pela Escola de métodos abstratos e dedutivos, com rejeição completa ao método histórico e indutivo postulado por outras escolas.⁴⁴⁸

A defesa da livre concorrência pelos marginalistas parte da pressuposição de “um mundo de empreendedores pequenos, individualistas e independentes, inúmeros compradores, muitos vendedores, produtos homogêneos, preços uniformes e nenhuma propaganda”.⁴⁴⁹ Neste mundo marginalista, nenhuma pessoa ou empresa seria forte ou grande o bastante para influenciar os preços de mercado.⁴⁵⁰

Também é importante no marginalismo o papel desempenhado pela teoria do preço orientado pela demanda, compreensão que faz com que recaia a ênfase na

⁴⁴⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 214. Ficam convenientemente afastados da análise econômica, assim, temas outrora clássicos da Economia Política sob a perspectiva clássico-marxista, como a origem e a distribuição social da riqueza, considerados indesejáveis pelos marginalistas.

⁴⁴⁷ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 268.

⁴⁴⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 214.

⁴⁴⁹ Desnecessário sublinhar o caráter contrafático de tais pressuposições marginalistas.

⁴⁵⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 214.

determinação do valor de troca sobre a demanda, diferentemente do enfoque dos economistas clássicos, que recaía sobre o custo de produção.⁴⁵¹

Além de enfatizar a escassez e promover a busca da alocação ótima de recursos escassos como tarefa primordial da Economia, o marginalismo restringiu o escopo da Ciência Econômica⁴⁵², direcionando os estudos para questões relativas à alocação, ponto em que todos os marginalistas convergem.⁴⁵³

Como ensina Feijó, os marginalistas criaram uma nova concepção da Ciência Econômica, compreendendo aspectos teóricos e metodológicos, assim como relativos a seu objeto de estudo.⁴⁵⁴ Observa este autor que a Economia clássica voltava-se à compreensão das relações socioeconômicas entre os homens, donde extraía seu caráter político.⁴⁵⁵ No entanto

A nova Economia marginalista abstrai as classes sociais e, com elas, as relações sociais, estando voltada para a relação psicológica entre indivíduos e bens de consumo. Ela julga necessário separar relações puramente econômicas de relações de natureza política e, na sua ótica, seria possível para a ciência econômica um trabalho essencialmente analítico sem referência a questões políticas.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ BRUE, S. L. *ibid.*

⁴⁵² Jevons, por exemplo, restringiu sua análise à esfera da circulação, como ensina HUNT, E. K. *op. cit.* p. 239.

⁴⁵³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 264. Segundo este autor “o eixo da análise marginalista reside na escolha individual, sua categoria teórica central. A decisão de consumo, o processo de produção e a repartição dos rendimentos são fenômenos subsidiários derivados dessa escolha.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 269.

⁴⁵⁴ Não por acaso no Compêndio de Economia Política Pura, Léon Walras dedica a Seção I e suas primeiras lições às temáticas do objeto e divisões da Economia Política e Social e à questão da definição da Economia, seu objeto, suas divisões, seu caráter e seus limites. WALRAS, L. *op. cit.* pp. 29 e ss.

⁴⁵⁵ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 266. Nas palavras do autor, “as relações entre classes sociais é que determinam, em última análise, relações de mercado.” FEIJÓ, R. *ibid.* “Quando Jevons escreveu sobre as pessoas, evitou cuidadosamente qualquer discussão real de relações sociais de superioridade e subordinação. As pessoas, para Jevons, só tinham duas características que as definiam como agentes econômicos; além do mais, todas as pessoas possuíam essas duas características. Por isso havia uma igualdade abstrata e implícita entre todas elas.” HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 239-240. As características referidas são o fato de os agentes extraírem utilidade do consumo de mercadorias e o de serem maximizadores racionais e calculistas. O comportamento maximizador de utilidade e calculista seria, para Jevons, o único elemento da ação humana que deveria ser estudado pela Ciência Econômica. HUNT, E. K. *id.*, p. 240.

⁴⁵⁶ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 266. Para o autor “os marginalistas utilizam-se de uma retórica de neutralidade política, mas suas idéias foram mais do que uma inovação técnica.” FEIJÓ, R. *ibid.*

Assim, sob a orientação marginalista a própria concepção do objeto da Ciência Econômica é revisada, deixando esta de ser considerada uma ciência destinada ao estudo de relações sociais para ser concebida como uma ciência natural que estudaria relações entre pessoas e bens materiais.⁴⁵⁷

O pensamento econômico do expoente do marginalismo na França, Léon Walras, por exemplo, com seu modelo de equilíbrio geral da economia, é infenso à noção de classe social. Nele encontram-se apenas consumidores e fornecedores, ambos tomadores de decisões racionais.⁴⁵⁸

O marginalismo promoveu ainda uma concepção segundo a qual a análise teórica pura seria possível e independente da economia aplicada, embora pudessem ser complementares.⁴⁵⁹

Ensina E. K. Hunt que a noção de utilidade marginal decrescente permitiu que os marginalistas demonstrassem aquilo que autores clássicos como Bentham, Say, Senior e Bastiat já inferiam, mas não conseguiam demonstrar, ou seja, que era a utilidade que determinava o valor.⁴⁶⁰

Por tal motivo, aquele autor evidencia que tal mudança foi mais uma mudança de forma do que de conteúdo da Ciência Econômica, favorecendo o advento da economia matemática⁴⁶¹ e dando continuidade à perspectiva individualista e utilitarista já existente naqueles precursores.⁴⁶²

⁴⁵⁷ FEIJÓ, R. *ibid.* A rigor os marginalistas reconhecem a dimensão social da economia, mas propõem sua abstração em estudos puramente teóricos. *Ibid.* Sob o marginalismo verifica-se uma tentativa de aproximação da Ciência Econômica e da Física, com concomitante expansão da utilização de ferramentas matemáticas. FEIJÓ, R. *id.* p. 267. Afirma Hunt que entre certos economistas, “um teórico é admirado na medida em que seja capaz de colocar sua teoria sob a forma mais esotérica, complexa e rigorosamente matemática possível.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴⁵⁸ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 357.

⁴⁵⁹ FEIJÓ, R. *id.* p. 267.

⁴⁶⁰ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238. Nas palavras de Jevons, no Capítulo II da Teoria da Economia Política, “o grau de utilidade varia com quantidade de um bem e finalmente diminui na medida em que a quantidade aumenta.” JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 78.

⁴⁶¹ Na defesa da linguagem matemática, pondera Léon Walras: “quanto à linguagem, por que obstinar-se em aplicar tão penosa e tão incorretamente, como muitas vezes fez Ricardo, como o faz a todo instante John Stuart Mill, em seus *Princípios de Economia Política*, servindo-se da linguagem usual, coisas que, na linguagem das Matemáticas, podem ser enunciadas em muito menos palavras e de maneira bem mais exata e bem mais clara?” WALRAS, L. *op. cit.* p. 52.

⁴⁶² “O marginalismo permitiu que a visão utilitarista da natureza humana, que era considerada somente uma maximização racional e calculista da utilidade, fosse formulada em termos de

Como observa Ricardo Feijó, se de um lado o marginalismo foi o responsável pela criação de uma teoria do comportamento econômico unificada, de outro lado consistiu em uma fuga relativamente a problemas reais relativos à Economia socialmente relevante, nas palavras do autor.⁴⁶³

1.2.9 Escola neoclássica

A Escola Neoclássica teve como seu fundador o economista inglês Alfred Marshall (1842-1924)⁴⁶⁴ e, embora tributária do marginalismo e por conseguinte ostentando algumas de suas características⁴⁶⁵, a Escola constitui orientação nova.⁴⁶⁶ Principal expoente da Escola, Marshall criou a mesma a partir de uma grande síntese entre a economia clássica e o marginalismo.⁴⁶⁷

Educado para a vida sacerdotal, Marshall optou por dedicar-se às ciências, tendo lecionado Ciências Morais, Lógica e Economia. Sua pretensão era a de conferir à Economia Política o *status* de ciência, empreitada esta a que se dedicou por muitos anos.⁴⁶⁸

cálculo diferencial. Esse foi o verdadeiro começo da formulação matemática esotérica das teorias econômicas.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 238.

⁴⁶³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 269.

⁴⁶⁴ Ensina Feijó que com a morte de Jevons, no ano de 1881, Marshall passou a ser visto como o principal expoente da nova orientação do pensamento econômico inglês. FEIJÓ, R. *id.* p. 309.

⁴⁶⁵ De acordo com Marshall a demanda baseia-se na lei da utilidade marginal decrescente, lei segundo a qual a utilidade marginal de algum bem para alguma pessoa diminui a cada unidade adicional consumida deste bem, ou - o que é o mesmo - a cada aumento no total daquilo que ela já consumiu ou utiliza deste bem. Nisso seu pensamento é semelhante ao dos marginalistas. BRUE, S. L. *op. cit.* p. 275.

⁴⁶⁶ Segundo E. K. Hunt, Marshall formulou a noção de utilidade marginal assim como as condições necessárias à maximização da utilidade do consumidor pelas trocas, conseguindo ir além de Walras ao articular a teoria da utilidade à teoria da demanda. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 274.

⁴⁶⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 274. Marshall é considerado por Feijó como um dos expoentes do marginalismo na Inglaterra, ao lado de Jevons. Como observa aquele autor, foi Marshall quem promoveu a substituição da denominação *Political economy* pela denominação *Economics*. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 287.

⁴⁶⁸ FEIJÓ, R. *id.* pp. 307-308.

Segundo Feijó, “preocupado com os problemas sociais de sua época, Marshall encontrou na Economia um instrumento para lidar com esses problemas, pois para ele o combate à pobreza é a razão de ser da Economia.”⁴⁶⁹

Marshall foi influenciado pelo pensamento econômico alemão e por John Stuart Mill, além de nunca ter perdido o interesse pela Filosofia.⁴⁷⁰ Tendo lecionado em Cambridge e Oxford, foi autor de uma extensa bibliografia.⁴⁷¹

A Escola fundada por Marshall constituirá a orientação dominante do pensamento econômico até a década de 30 do século XX, e se beneficiará das amplas inovações doutrinárias e metodológicas oriundas da ampla e diversificada formação daquele economista.⁴⁷²

Embora tivesse formação matemática e fosse um dos precursores da utilização da matemática na Ciência Econômica, postulava a humanização da disciplina, criticando a universalidade e atemporalidade dos postulados clássicos e o conceito simplificador do *homo economicus*, por descontextualizar o homem de seu contexto sociocultural histórico concreto.⁴⁷³

A influência de Marshall sobre seus seguidores foi importante, e entre esses destacam-se os nomes de Arthur Cecil Pigou (1877-1959), principal autor da Economia do Bem-estar (*Welfare Economics*), e John Maynard Keynes (1883-1946), fundador da macroeconomia.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ FEIJÓ, R. *id.* p. 308. Tal preocupação manifesta-se logo no início de sua principal obra, Princípios de Economia, onde indaga se é necessário que haja pobres para haver ricos, considerando uma tarefa central da Ciência Econômica elucidar esta questão. FEIJÓ, R. *id.* p. 315.

⁴⁷⁰ FEIJÓ, R. *id.* p. 308.

⁴⁷¹ FEIJÓ, R. *id.* p. 310.

⁴⁷² FEIJÓ, R. *id.* p. 312.

⁴⁷³ FEIJÓ, R. *ibid.* Como ensina este autor, Marshall “não se perdeu na linguagem técnica cifrada e considerava que o uso da Matemática deveria ser feito sempre de uma forma consciente e equilibrada. Embora a Matemática fosse o principal instrumento analítico e metodológico de Marshall, ele era contra seu uso abusivo em Economia. Para ele, trata-se de um método válido de análise, mas não de exposição de resultados.” FEIJÓ, R. *id.* p. 313.

⁴⁷⁴ FEIJÓ, R. *ibid.* Como observa este autor, Keynes foi biógrafo de Marshall e considerava seu sistema copernicanamente revolucionário. FEIJÓ, R. *id.* pp. 313-314. HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 196.

Sua obra máxima foi Princípios de Economia, cuja primeira edição é do ano de 1890 e cuja expressão máxima seria a oitava edição, de 1920, sendo considerada a “Bíblia” dos economistas britânicos.⁴⁷⁵

O livro é dedicado essencialmente à microeconomia e as várias teorias são essencialmente escritas, sendo a demonstração matemática deixada para as notas de rodapé.⁴⁷⁶ Diversas das formulações ali expostas continuam sendo fundamentais na teoria microeconômica ensinada contemporaneamente.⁴⁷⁷

De acordo com o pensamento de Marshall, a análise e a dedução em Economia deveriam forjar pequenas cadeias de raciocínio e elos de ligação simples, mas seguros, e não longas cadeias de raciocínio.⁴⁷⁸

Assim, sua análise do equilíbrio parcial estático parte da análise de um mercado em particular, supondo-se que as variáveis afetadas por outros mercados não sofram alterações.⁴⁷⁹ Posteriormente acrescentar-se-iam outros elementos com a finalidade de solucionar problemas de maior magnitude.⁴⁸⁰

Marshall considerava as leis da economia, tão-somente uma declaração de tendências, reconhecendo ser a ciência econômica menos exata do que as ciências naturais.⁴⁸¹

Assim, sob Marshall, as leis econômicas deixam de ser vistas como leis naturais cujos efeitos são necessariamente benéficos, pelo que não precisam necessariamente operar em absoluta liberdade, sem qualquer controle. Há, assim,

⁴⁷⁵ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 314; HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 196. Observa Hunt que este livro ocupou paulatinamente o lugar da obra *Princípios de Economia Política* de John Stuart Mill no mundo acadêmico britânico. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 274.

⁴⁷⁶ HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 196; FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 315.

⁴⁷⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 274.

⁴⁷⁸ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 316.

⁴⁷⁹ A criação da cláusula *ceteris paribus*, segundo a qual as leis econômicas operam mantidas todas as demais variáveis constantes é atribuída a Marshall. FEIJÓ, R. *id.* p. 315. Reconhece Marshall nos Princípios que as forças implicadas na análise econômica seriam tão numerosas que seria melhor separar umas poucas e elaborar soluções parciais auxiliares ao estudo principal. FEIJÓ, R. *id.* p. 319.

⁴⁸⁰ FEIJÓ, R. *id.* p. 316. Como ensina Hunt, “a expressão ‘mantendo-se inalteradas todas as coisas’ era significativa. Embora Marshall tenha discutido resumidamente as condições necessárias para um equilíbrio geral, quase todas as suas teorias eram análises de equilíbrio parcial, em que ele examinava apenas os mercados de uma ou duas mercadorias, ignorando as interligações desses mercados e os mercados de outras mercadorias.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 275.

⁴⁸¹ BRUE, S. L. *id.* p. 275.

um relativo distanciamento do *laissez-faire* tão característico do pensamento marginalista-subjetivista ortodoxo.⁴⁸²

Marshall teve o mérito, ainda, de conciliar a teoria do valor trabalho com o valor de uso do marginalismo – que herdou de Johan Heinrich Von Thünen (1783-1850) e não de Jevons – acrescentando, ainda, à análise, o fator tempo – curto e longo prazo.⁴⁸³

Além de outras contribuições importantes que aqui não poderão ser visitadas, de se destacar que Alfred Marshall sustentava a visão segundo a qual a economia desenvolve-se gradualmente, não havendo saltos e sua progressão.⁴⁸⁴

De maneira muito interessante, este autor não se mostra avesso a discussões éticas em Ciência Econômica, e é exatamente por não levar em conta a dimensão ética na análise econômica que faz a crítica ao construto do *homo economicus*.⁴⁸⁵

Observa Hunt que o mesmo buscou conciliar tendências um tanto quanto incompatíveis, quais sejam, o utilitarismo e o evolucionismo. O lema *natura non facit saltum* – a natureza não dá saltos –, que permeia seus Princípios, possuía uma dimensão conservadora em certa medida.⁴⁸⁶

⁴⁸² BRUE, S. L. *ibid.* Embora Marshall seja em certa medida um herdeiro das tradições do marginalismo, devido a certos aspectos peculiares de seu pensamento não parece absurdo conceber este último como uma vertente heterodoxa do marginalismo.

⁴⁸³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 316. Como ensina este autor, “no curto prazo, a oferta é inelástica e a demanda determina os preços; no longo prazo, a oferta é horizontal e é ela que determina os preços. (...) Então clássicos e subjetivistas não estavam totalmente errados, mas suas teorias eram enfoques parciais do fenômeno do valor. A teoria clássica do valor prevalece no longo período e a teoria do valor subjetivo é uma análise de curtíssimo prazo.” *Ibid.* Sobre uma explicitação mais detalhada destas questões remete-se a FEIJÓ, R. *id.* pp. 332 e ss. Segundo Robert Heilbroner a inclusão do elemento cronológico na teoria seria a principal contribuição de Marshall ao pensamento econômico. HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 196.

⁴⁸⁴ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 318. Para Marshall o referencial da Ciência Econômica encontra-se na Biologia, e não na Física. FEIJÓ, R. *id.* p. 319. O mesmo autor observa que “Marshall pede que não se compare a Economia com as ciências físicas, pois aquela se relaciona com ‘as forças sutis e sempre mutáveis da natureza humana.’” FEIJÓ, R. *id.* p. 321. A concepção que virou lema de seus Princípios, *natura non facit saltum* possuía também uma conotação conservadora e antirrevolucionária. HEILBRONER, R. *op. cit.* pp. 197-198. Sobre a vinculação do pensamento marshalliano com o evolucionismo, veja-se, e.g., HUNT, E. K. *op. cit.* p. 285 e ss.

⁴⁸⁵ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 318. De acordo com Hunt, Marshall estaria mais próximo, ideologicamente, de Mill do que de Senior, Say e Bastiat, embora fosse mais conservador do que aquele. Afirma Hunt que Marshall “foi o fundador daquele grupo dentro da tradição da economia neoclássica do século XX, que combina sua defesa do capitalismo *laissez-faire* com uma grande flexibilidade, que admite pequenas reformas, visando ao funcionamento menos severo do sistema econômico.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 274. Na visão de Robert Heilbroner isso é explicado a partir do contexto histórico em que Marshall viveu. HEILBRONER, R. *op. cit.* pp. 197-198.

⁴⁸⁶ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 285.

Fundava-se na visão de que o progresso somente seria possível através de um demorado processo de aperfeiçoamento e de mudanças marginais diminutas, estando quaisquer tentativas de rápida alteração da sociedade fadadas ao fracasso.⁴⁸⁷ Em sua visão, no capitalismo as estruturas sociais existentes mais do que compensariam seus eventuais defeitos.⁴⁸⁸

O expoente da Escola Neoclássica considerava como objeto da Economia o estudo da humanidade no que diz respeito às atividades comuns da vida, estudando a ação naquilo a que se refere à obtenção de bens materiais.⁴⁸⁹

Marshall sustentava a necessidade do combate à pobreza através da Economia, pois vislumbrava naquela as causas da degradação da humanidade, afetando a possibilidade de continuidade da existência dos seres humanos e suas condições mentais e morais.⁴⁹⁰

Sustentava ainda constituir uma tarefa da Ciência Econômica investigar se há necessidade de existirem pobres para que haja riqueza, assumindo que a resposta encontrar-se-ia na intersecção entre Economia, Moral e Política. Reservava, porém, papel relevante à primeira no que diz respeito à questão.⁴⁹¹

Divergindo dos pressupostos econômicos mais superficiais como a estrita competição e concorrência e o caráter unicamente autointeressado, Marshall destaca que embora a competição seja importante para a economia, a cooperação seria ainda mais importante. Observa, também, que a competição não dispensa a ética.⁴⁹²

Segundo a ótica marshalliana, o objeto da Ciência Econômica deve ser as forças que impelem o homem em sua vida econômica, e aquele autor observa que

⁴⁸⁷ HUNT, E. K. *id.* p. 285. Segundo este autor, “nessa lenta evolução das instituições sociais, determinada estrutura social poderia, muitas vezes, parecer exploradora, à primeira vista, mas a sobrevivência dessa estrutura social durante muito tempo provava que, em sua época e segundo suas circunstâncias, suas características progressistas positivas superariam qualquer defeito.” HUNT, E. K. *ibid.*

⁴⁸⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 286.

⁴⁸⁹ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 320.

⁴⁹⁰ FEIJÓ, R. *ibid.*; HEILBRONER, R. *op. cit.* p. 197.

⁴⁹¹ FEIJÓ, R. *id.* p. 320.

⁴⁹² FEIJÓ, R. *ibid.*

estes motivos são passíveis de mensuração pecuniária⁴⁹³, pelo que aquela ciência adquire o caráter de ciência quantitativa.⁴⁹⁴

É interessante observar que Marshall considera o dinheiro como um meio de mensuração da motivação humana – superando o inconveniente da incomensurabilidade da utilidade – e aplica-se a quaisquer motivos, e não apenas ao desejo egoísta de riqueza.⁴⁹⁵

Lucidamente, citando o expoente do historicismo alemão, Gustav Schmoller, Marshall sustentava ainda a utilização simultânea dos métodos dedutivo e indutivo, reconhecendo a interdependência dos fenômenos econômicos.⁴⁹⁶

Ressaltando o caráter tendencial das leis econômicas, já mencionado, o fundador do neoclacissismo econômico reconhece que aquelas poderiam ser alteradas pela ação humana. Insistia ainda na necessidade de atenção a mudanças nas condições sociais, influentes sobre o poder explicativo e preditivo das leis econômicas.⁴⁹⁷

Assumia Marshall que visando a análise econômica ao conhecimento útil sobre eventos da vida prática, caberia à Ciência Econômica resolver a tensão entre livre mercado, eficiência alocativa e atendimento das necessidades das classes pobres.⁴⁹⁸

Em outras palavras, caberia à Ciência Econômica investigar até que ponto a intervenção estatal em prol de políticas sociais seria aceitável, mesmo quando

⁴⁹³ Como observa Brue: “Os primeiros marginalistas afirmavam que a força das preferências de uma pessoa determina o total de dinheiro que ela está disposta a sacrificar para atingir um determinado objetivo. No entanto, Marshall inverteu a relação para medir as preferências de acordo com a escala financeira de pagamentos.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 276.

⁴⁹⁴ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 321. Concluindo: “Mede-se, por exemplo, quanto será pago para obter dada satisfação ou quanto será pago para induzir alguém a suportar uma fadiga. Assim, medimos as inclinações dos espíritos indiretamente e por conjectura por meio de seus efeitos. Diferentes prazeres ou sofrimentos são comparados entre si, e um prazer ou sofrimento, indiretamente por seus respectivos efeitos. Só se comparam prazeres e sofrimento na mesma pessoa e ao mesmo tempo. As satisfações e desconfortos físicos são comparadas pelo incentivo que oferecem à ação. Não se estudam os estados de espírito em si mesmos: se oferecerem à ação incentivos de força igual, o estudioso os trata como iguais para fins de análise.” FEIJÓ, R. *id.* 321-322.

⁴⁹⁵ FEIJÓ, R. *id.* p. 322.

⁴⁹⁶ FEIJÓ, R. *id.* pp. 322-323.

⁴⁹⁷ FEIJÓ, R. *id.* p. 323.

⁴⁹⁸ FEIJÓ, R. *id.* p. 324. Esta discussão entre Economia, eficiência alocativa e equidade será desenvolvida no Capítulo IV, adiante.

comprometesse a riqueza geral da sociedade, e, ainda, se os princípios da propriedade privada e da livre concorrência poderiam ser relativizados em função de objetivos sociais.⁴⁹⁹

Importante consignar, ainda, o importante afastamento de Alfred Marshall relativamente à teoria explicativa dos salários a partir da produtividade marginal do trabalho. Em sua visão tal teoria não explicaria o fenômeno em sua integralidade, sendo especialmente incapaz de explicar a questão da pobreza.⁵⁰⁰

Marshall resgata a teoria do exército de desempregados como causa dos baixos salários, enfatizando, simultaneamente, o papel da concorrência. Observa, ainda, que a lei da demanda e da oferta não opera no mercado de trabalho com a mesma força que em outros mercados, pois naquele haveria uma tendência de concentração do poder nas mãos dos empregadores, ficando a solução da questão dos salários, não raro, fora do campo econômico, no âmbito da ação sindical e governamental.⁵⁰¹

Como dito, embora influenciada pelo marginalismo e orientada por alguns dos princípios marginalistas, como a análise à margem e o enfoque na decisão, há importantes diferenças entre ambas as Escolas. Segundo Stanley L. Brue, as três principais diferenças consistiriam na questão da determinação dos preços de bens e serviços no mercado, no desenvolvimento da economia monetária e na extensão da análise marginal para além da livre-concorrência, do monopólio e do duopólio.⁵⁰²

Quanto à questão da determinação dos preços de bens e serviços no mercado, diferentemente dos marginalistas, que enfatizavam a demanda, os neoclássicos consideravam oferta e demanda, o que consubstancia distinção importante.⁵⁰³

⁴⁹⁹ FEIJÓ, R. *ibid.*

⁵⁰⁰ FEIJÓ, R. *id.* p. 335. O expoente neoclássico observa a falha de tal teoria consistente no fato de existir uma dependência entre preço do trabalho e preço do produto, o que impacta o cálculo da produtividade marginal e conduz aquela a uma circularidade, pois a longo prazo o salário se torna determinante do preço do produto. FEIJÓ, R. *ibid.*

⁵⁰¹ FEIJÓ, R. *ibid.* Observa este autor que Marshall defendia o salário mínimo. FEIJÓ, R. *ibid.*

⁵⁰² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 273.

⁵⁰³ BRUE, S. L. *ibid.* Pois, como já visto, Marshall distinguia, quanto ao particular, entre curto prazo e longo prazo.

Além disso, a Escola Neoclássica teria sido responsável pelo desenvolvimento da economia monetária, que analisa o papel da moeda na economia, que se dá através da vertente monetarista através de autores como Johan Gustaf Knut Wicksell (1851-1926) e Irving Fisher (1867-1947).

Para alguns, Alfred Marshall teria uma visão mais realista da Ciência Econômica do que vários de seus antecessores. Ele afirmava que os economistas, como cientistas que são, interpretariam fatos e buscariam obter conhecimento acerca dos fenômenos econômicos e de sua causalidade. Assim, desde logo reconhecia que a economia antes de constituir um corpo de verdades, seria mais um mecanismo para se descobrir a verdade concreta.⁵⁰⁴

O Neoclassicismo traz importantes contribuições para a análise do presente estudo. Inicialmente observe-se que constitui um aprimoramento das tendências marginalistas, revelando-se mais prudente e menos tendencioso em alguns pontos do que o marginalismo de até então.

A visão mais realista e moderada das leis da Economia, o pluralismo metodológico, a visão menos tendenciosa em direção ao liberalismo econômico irrestrito são, igualmente, legados importantes do pensamento de Marshall à posteridade.

Relevantes, sem sombra de dúvidas, as preocupações no sentido de possibilitar a indagação acerca das relações entre os campos político, econômico e moral, bem como a abordagem de temas prementes como a pobreza e a relação entre eficiência e equidade.

Em virtude de tais razões o pensamento de Alfred Marshall e da Escola Neoclássica serão relevantes para a análise crítica das visões econômicas do Direito a partir da ortodoxia econômica e sua repositura em novas bases.

⁵⁰⁴ BRUE, S. L. *id.* p. 275. No que se distinguia significativamente da orientação marginalista mais ortodoxa, como visto.

1.2.10 O Institucionalismo⁵⁰⁵

A Escola Institucionalista surge por volta do ano de 1900 nos Estados Unidos da América, por obra de seu fundador, Thorstein Bunde Veblen (1857-1929).⁵⁰⁶ Além de Veblen, têm seu nome associado ao Institucionalismo economistas como Wesley Clair Mitchell (1874-1948), John Kenneth Galbraith (1908-2006) e Douglas North (1920-).⁵⁰⁷

Os graves problemas sociais que eclodem no final do século XIX e primeiras décadas do século XX colocam em xeque as teorias marginalistas no que se refere ao seu liberalismo econômico e a crença de que o mercado deixado a si mesmo conduzirá a economia a seu melhor resultado.⁵⁰⁸

A ambiência socioeconômica do período favoreceu, portanto, o aparecimento e fortalecimento de um movimento em favor da regulação da economia e das reformas sociais, sendo o reformismo a alternativa preferida por muitos ao socialismo, haja vista preservar o capitalismo e, ao mesmo tempo, melhorar a condição das massas.⁵⁰⁹

O Institucionalismo sofreu influência da Escola Histórica alemã⁵¹⁰, embora diferentemente desta seja liberal e individualista, e não nacionalista. A orientação

⁵⁰⁵ Como observa Galbraith, “nos Estados Unidos (...) a economia hoje distingue entre os classicistas (a esmagadora maioria) e os institucionalistas, entre aqueles comprometidos com um equilíbrio constante e inevitável e aqueles que, mesmo admitindo uma precisão científica muito menor, aceitam um mundo evolutivo e em constante transformação. Uma das origens das ideias dos institucionalistas é a Alemanha no mundo do Hegel – e de Marx.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 116-117.

⁵⁰⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 365. O impacto de Veblen é significativo, Hunt chega a cogitar que o mesmo talvez tenha sido o teórico social mais importante, original e profundo da história dos Estados Unidos da América. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 303.

⁵⁰⁷ De acordo com Galbraith os institucionalistas organizavam-se principalmente na *Association for Evolutionary Economics* e seu periódico heterodoxo, o *Journal of Economic Issues*. GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 117.

⁵⁰⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 366. “O ambiente político e econômico dos Estados Unidos no final do século XIX levou muitos economistas a questionar as hipóteses e as conclusões levantadas pela escola neoclássica. A doutrina de que uma interferência mínima do governo produz grande bem-estar social parecia cada vez mais insustentável. Havia muita preocupação acerca do monopólio, da pobreza, da depressão e da improdutividade. O movimento a favor do controle e das reformas sociais ganhou força, e foi nesse cenário que a economia institucional cresceu.”

⁵⁰⁹ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 302-303; BRUE, S. L. *op. cit.* p. 366.

⁵¹⁰ BRUE, S. L. *id.* p. 367.

institucionalista exerceu grande influência sobre o *New Deal* implementado pelo presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt nos EUA a partir do ano de 1933.⁵¹¹

A Escola Institucionalista era caracterizada pela perspectiva histórica ampla, pela ênfase no papel desempenhado pelas instituições, pela influência evolucionista, pela rejeição da noção de equilíbrio normal, pelo foco nos conflitos de interesses, pelo reformismo de caráter democrático e liberal e, por fim, pela rejeição da psicologia prazer-esforço.⁵¹²

A Escola rejeitava, ainda, a noção de equilíbrio normal, enfatizando o princípio da causalidade circular ou causalidade cumulativa. Segundo tal princípio analítico, tanto bons quanto maus efeitos econômicos podem se acumular e reforçar reciprocamente no sistema econômico. Assim, desajustes e desequilíbrios econômicos não representariam uma quebra da normalidade, como pretendia a escola marginalista; ao contrário, esses desajustes e desequilíbrios seriam normais, de acordo com o Institucionalismo, reclamando controle e intervenção estatal para sua contenção e correção.⁵¹³

Assim, um aspecto conexo a este que distancia institucionalistas das Escolas rivais e suas predecessoras é seu enfoque no conflito de interesses em lugar de uma pressuposta harmonia. Segundo os institucionalistas ainda que seja possível reconhecer excepcionalmente interesses comuns relativamente a determinados grupos homogêneos, os conflitos de interesses entre os diferentes grupos sociais representariam a normalidade das relações econômicas, reclamando assim a intervenção estatal.⁵¹⁴

O Institucionalismo espousa uma orientação holística, sustentando que a economia deveria ser estudada em seu conjunto e não em partes isoladas. A concepção institucionalista da economia é a de um conjunto complexo transcende a soma de suas partes, sendo que estas não podem ser adequadamente

⁵¹¹ BRUE, S. L. *id.* p. 396-397.

⁵¹² BRUE, S. L. *id.* p. 367-368.

⁵¹³ BRUE, S. L. *id.* p. 368.

⁵¹⁴ BRUE, S. L. *ibid.*

compreendidas fora do contexto maior ao qual pertencem.⁵¹⁵ Como evidencia Brue, o Institucionalismo considera que

A atividade econômica não é simplesmente a soma das atividades de pessoas motivadas individual e mecanicamente pelo desejo de ganho monetário máximo. Na atividade econômica há também padrões de ação coletiva que são maiores que a soma das partes. Um sindicato, por exemplo, desenvolve um caráter, uma ideologia e um método de operação próprios. Suas características não podem ser deduzidas do estudo dos membros individuais pertencentes a ele.⁵¹⁶

Assim, a Escola ostentava a importante característica que era causa de seu próprio nome, qual seja, a ênfase na importância desempenhada na vida econômica pelas instituições.⁵¹⁷ Para os institucionalistas uma instituição

não é simplesmente uma organização ou um estabelecimento para a promoção de um objetivo específico como, por exemplo, uma escola, um presídio, um sindicato e um banco federal. É também um padrão organizado de comportamento grupal, bem-estabelecido e aceito como parte fundamental da cultura. Ela inclui costumes, hábitos sociais, leis, modos de pensar e modos de vida. A escravidão e a crença na escravidão foram instituições. Outros exemplos são as crenças no *laissez-faire*, no sindicalismo ou em um sistema federal de seguridade social.⁵¹⁸

Assim, em frontal contraste com uma longa tradição que remonta aos fisiocratas e que chega aos neoclássicos, passando por clássicos e marginalistas, o Institucionalismo rechaça a ideia de que a vida econômica fosse regida por leis econômicas naturais, ressaltando que a mesma seria, em realidade, controlada pelas instituições.⁵¹⁹

⁵¹⁵ BRUE, S. L. *id.* p. 367.

⁵¹⁶ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵¹⁷ Para Veblen, na vida econômica e em outras áreas da vida humana, as atividades habituais e as relações surgem e são transformados, por convenção, em uma trama de instituições que passam a ter força prescritiva. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 304.

⁵¹⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 367.

⁵¹⁹ BRUE, S. L. *ibid.* Observa Hunt que Veblen não via o ser humano nem como essencialmente idêntico em qualquer situação histórica, como fazia a tradição utilitarista da economia clássica, nem como infinitamente maleável em face do contexto cultural e institucional, como fazia o marxismo, esposando ponto de vista intermediário relativamente a tais concepções. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 305.

Além disso, também do ponto de vista metodológico a Escola Institucionalista afasta-se do pensamento neoclássico e marginalista ao substituir a premissa do individualismo metodológico pela tentativa de compreensão do comportamento social dos grupos e seus padrões de pensamento.⁵²⁰

Em face de tais divergências cruciais com a ortodoxia econômica de seu tempo, os institucionalistas propugnavam o estudo das instituições econômicas, bem com, do ponto de vista da política econômica, sua reforma, defendendo o planejamento econômico.⁵²¹

Quanto ao evolucionismo⁵²², o Institucionalismo perfilhava orientação no sentido da aplicabilidade da teoria evolutiva de Charles Darwin à economia na busca da compreensão da constante mudança das instituições.⁵²³

O traço evolucionista⁵²⁴ está vinculado à desconfiança dos institucionalistas relativamente às leis econômicas eternas e imutáveis, que os levava a considerar que a mudança e o funcionamento das instituições econômicas deveriam ser o foco da Ciência econômica, a partir de uma abordagem interdisciplinar.⁵²⁵

O reformismo e a tentativa de constituir uma proposta viável alternativa ao liberalismo e ao socialismo faz com que a Escola Institucionalista seja marcada, ainda, por seu posicionamento favorável à reforma democrática e liberal, propugnando uma distribuição mais equilibrada de bens e da renda.⁵²⁶

Brue aponta ainda como característica da Escola Institucionalista a rejeição da psicologia hedonista simplista do tipo prazer-esforço, tendo a Escola procurado

⁵²⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 367.

⁵²¹ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵²² Sobre a influência da teoria evolucionista e sobre a filosofia social evolucionista de Thorstein Veblen, veja-se HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 304 e ss.

⁵²³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 367.

⁵²⁴ Observa Hunt que “em fins do século XIX, a teoria da evolução, de Charles Darwin, teve um impacto profundo e poderoso sobre a filosofia e a teoria social. Esse impacto pode ser visto mais claramente nos escritos de Veblen. Ele via a sociedade como um organismo altamente complexo, em declínio ou em crescimento, sempre mudando e se adaptando (ou deixando de se adaptar) a situações novas.” Arrematando que “a história humana era, para Veblen, a história da evolução das instituições sociais.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 304.

⁵²⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 368.

⁵²⁶ BRUE, S. L. *ibid.*

incorporar uma psicologia mais completa, fosse com base na teoria de Sigmund Freud ou no *behavioralism*.⁵²⁷

Diante da importância das contribuições da Escola Institucionalista para a compreensão da economia e da Ciência Econômica, convém explorar rapidamente alguns aspectos do pensamento do norte-americano de ascendência norueguesa Thorstein Bunde Veblen e do canadense John Kenneth Galbraith, seus principais representantes.

Torsthein Bunde Veblen lecionou nas universidades de Chicago, Stanford, Missouri e na *New School for Social Research* em Nova Iorque e, na visão de Galbraith, “estava destinado a fazer grandes contribuições à história da economia, uma ou duas delas de importância fundamental.”⁵²⁸

De acordo com Galbraith, Thorstein Veblen consolidou-se como crítico do sistema clássico⁵²⁹ em função de uma série de artigos publicados pouco antes e depois da virada do século XVIII para o século XIX, posteriormente republicados no ano de 1919 em uma coletânea intitulada “*The Place of Science in Modern Civilization*”.⁵³⁰ Para Galbraith, nesta obra aquele autor

(...) afirmava que as idéias centrais do sistema clássico não refletiam uma busca da verdade e da realidade; pelo contrário, eram e são uma celebração das crenças já aceitas. Toda sociedade tem um sistema de pensamento estruturado não no que é real, mas no que é agradável e conveniente para os interesses econômicos. O ser econômico metuculoso e calculista, que busca a maximização do prazer, é uma construção artificial; a motivação humana é muito mais diversificada. (sic)⁵³¹

⁵²⁷ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵²⁸ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 154.

⁵²⁹ Galbraith refere-se genericamente a sistema clássico querendo significar toda a ortodoxia do pensamento econômico deste a Escola homônima até as orientações marginalistas-subjetivistas e neoclássicas.

⁵³⁰ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 154. Hunt ressalta um traço sublinhado por muitos, ao lado do estilo literário de Veblen, qual seja, sua ironia e seu sarcasmo. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 303.

⁵³¹ GALBRAITH, J. K. *ib.* pp. 154-155.

Ainda de acordo com Galbraith, naqueles escritos Veblen não apenas criticava o contrafático *homo economicus*, mas também o caráter estático da concepção clássica:

A teoria econômica é um exercício de 'adequação cerimonial', estática e atemporal em suas tendências, universalmente e perpetuamente válida, como uma religião; mas a vida econômica – e esta é uma asserção familiar – é evolucionária. As instituições econômicas mudam; assim, mudam também, ou deveriam mudar, os temas estudados pela economia. Só é possível o entendimento quando se está a par das mudanças.^{532 533}

Veblen também contribui com suas teorizações ao redor do conceito de classe ociosa, que surge em seu livro “*Teoria da classe ociosa*”, publicado no ano de 1899, obra considerada como a mais importante de Veblen por Galbraith. Como observa o último autor, o assunto da obra são os ricos norte-americanos das décadas de 1880 e 1890, fenômeno mais ostentatório do período, ridicularizados por Veblen.⁵³⁴

Para o autor, a classe ociosa é caracterizada por seu conservadorismo, por sua propensão a evitar qualquer trabalho útil e, especialmente, pela propensão ao consumo conspícuo ou meramente ostentatório.⁵³⁵ Nas palavras de Galbraith, citando a obra de Veblen

Nele os ricos são um fenômeno antropológico, e da mesma espécie que as tribos primitivas que Veblen descreve e, por vezes, adapta às suas necessidades. Como tal eles são estudados. ‘A instituição de uma classe ociosa atinge seu maior desenvolvimento nos estágios mais avançados da

⁵³² GALBRAITH, J. K. *id.* p. 155.

⁵³³ Nas palavras de Galbraith: “Disso surgiu um novo ceticismo, persistente ou mesmo compulsório, com relação ao sistema clássico. Quem estivesse comprometido com as suas ideias estaria afastando-se da verdade, ou melhor, como Veblen o colocou, estaria aceitando uma tendência antropológica à celebração litúrgica. Assim é a teoria clássica. Este estado de ânimo irreverente, quase agnóstico, passou a caracterizar todo um ramo nada desprezível do pensamento econômico americano: as ideias aceitas são suspeitas; os motivos devem ser todos questionados; as medidas governamentais, mesmo com as melhores das aparentes intenções, devem ser encaradas com ceticismo. Thorstein Veblen foi uma figura reconhecidamente destrutiva que raramente – talvez nunca – rebaixou-se a ponto de fazer uma recomendação prática. A atitude conscienciosamente crítica que hoje permeia algumas análises e observações econômicas americanas deve muito a ele.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 155.

⁵³⁴ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 157.

⁵³⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 371.

cultura bárbara', e os ritos tribais desta última encontram equivalentes nos jantares, bailes e outros passatempos das grandes mansões de Nova York e Newport. Estes tanto em Papua como na Quinta Avenida, são exercícios de exibicionismo competitivo.⁵³⁶

Na ótica de Veblen, tal classe ociosa faria parte de uma cultura predatória quanto à obtenção de bens e seu acúmulo para níveis muito superiores às suas necessidades. Tal atitude teria como principal objetivo a ostentação de poder, prestígio, honra e sucesso através da ostentação da riqueza.⁵³⁷

Adverte Thorstein Veblen que mesmo as classes mais pobres seriam influenciadas pelo comportamento voltado ao consumo conspícuo e esbanjador, ainda que mínimo, dentro de suas possibilidades, haja vista a cultura imposta pela classe ociosa dominante.⁵³⁸ Segundo Galbraith,

(...) não foi apenas através de argumentos e ilustrações magnificamente construídos e proficientes que Veblen exerceu sua tremenda influência. Seu impacto se deve, num grau extraordinário, ao modo como utilizou a língua, e através de duas expressões em particular: *conspicuous leisure* e *conspicuous consumption* [lazer e consumo conspícuo ou ostentatório]. A possibilidade de não trabalhar e os gastos premeditadamente ostentatórios de dinheiro eram para Veblen as bandeiras de superioridade que os ricos costumavam desfraldar.⁵³⁹

Como visto, além da propensão ao consumo conspícuo, a classe ociosa seria caracterizada pelo conservadorismo. A explicação para tal característica, segundo Veblen, baseava-se na evolução da estrutura social que, para ele, em função da influência evolucionista, seria um processo de seleção natural de instituições.⁵⁴⁰

⁵³⁶ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 157.

⁵³⁷ BRUE, S. L. *ibid.* A mesma necessidade de reconhecimento e respeito social explicaria, para o institucionalista, a propensão a evitar o trabalho útil e produtivo pela classe ociosa, fazendo com que seus membros preferissem atividades inúteis e esbanjadoras. Veblen vislumbrava a força, a fraude e a astúcia na sociedade moderna, em atividades como jogos, esportes e negócios. BRUE, S. L. *id.* p. 372.

⁵³⁸ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 371.

⁵³⁹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 159.

⁵⁴⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 373. As instituições seriam a manifestação dos traços humanos básicos que Veblen denominava instinto de construção e instinto predatório. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 306.

Segundo tal ponto de vista, o progresso ou evolução resultaria da sobrevivência de hábitos antigos e da adaptação dos indivíduos, esta última induzida à força por novas circunstâncias, e entre as tendências à mudança e à conservação naturalmente surgiria um conflito. Segundo o expoente do Institucionalismo, as instituições e os hábitos de pensamento presentes constituiriam sempre e inevitavelmente uma herança do passado no qual foram estabelecidas e, portanto, encontrar-se-iam sempre em descompasso para com as exigências da atualidade.⁵⁴¹

O conservadorismo, portanto, seria constituído ou caracterizado por um conjunto de instituições, hábitos de pensamento, pontos de vista, atitudes mentais e aptidões, que se traduziria em um inércia social e psicológica, em uma contrariedade à mudança e à evolução.⁵⁴²

Assim, Veblen pondera que a classe ociosa, estando protegida contra as forças ambientais hostis, se comportará de maneira conservadora. Seu comportamento poderia ser definido como orientado pela máxima “seja o que for, está certo”, pelo que se colocaria em descompasso com a lei de seleção natural, para ele aplicável às instituições humanas que, como visto, estariam sempre em relativo descompasso para com a sua época, explicitando-se pela máxima “seja o que for, está errado”.⁵⁴³

Veblen revelou-se um severo crítico da economia neoclássica. Contrariamente àquela Escola, e baseado em sua concepção do consumo conspícuo ou esbanjador, Veblen defendia uma restrição do consumo conspícuo pelo Estado, colocando-se assim em frontal oposição ao liberalismo. Veblen substituíu ainda o *homo oeconomicus* a-histórico e atemporal da economia ortodoxa por um homem social.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 373.

⁵⁴² BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁴³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 373.

⁵⁴⁴ BRUE, S. L. *id.* p. 375. Como evidencia E. K. Hunt acerca da teoria antropológica de Veblen, este identificava dois traços ou características básicos ao comportamento humano, quais sejam, o que denominava “instinto de construção” e o que denominava “instinto predatório”. Como ensina aquele autor, “associados ao instinto de construção estavam traços que Veblen chamava de ‘instinto paternal’ e ‘instinto de curiosidade ociosa’. Esses traços eram responsáveis pelos avanços que tinham sido feitos na produtividade e na expansão do domínio humano sobre a natureza. Também eram responsáveis pelo grau de satisfação das necessidades humanas de afeição, cooperação e criatividade. Associados ao instinto de exploração, ou predatório, estavam o conflito humano, a subjugação e a exploração sexual, racial e de classe. As instituições sociais e o comportamento habitual, quase sempre, tendiam a ocultar a verdadeira natureza do

Veblen era, portanto, crítico à concepção hedonista de homem – mero calculador de prazeres e dores, maximizador dos primeiros e minimizador das segundas –, sem antecedentes e sem consequentes.⁵⁴⁵

Tal concepção humana era essencial, na ótica de Veblen, para a compreensão do objeto da teoria econômica neoclássica, pois a partir daquele pressuposto teórico essa teria tendido a caracterizar-se como mera teoria da distribuição, gravitando ao redor da doutrina do valor de troca – preço – e da comunidade de negócios centrada no mercado e em perdas e ganhos.⁵⁴⁶

O fundador do Institucionalismo criticava vários aspectos do pensamento econômico ortodoxo⁵⁴⁷ como, por exemplo, seu caráter estático, o qual vislumbrava em verdadeiro descompasso para com o caráter dinâmico da economia real. Como ensina E. K. Hunt,

a crítica fundamental de Veblen à economia neoclássica (ele reconhecia claramente, na economia neoclássica, um mero desenvolvimento do utilitarismo, de Bentham) era que ela encarava de maneira nitidamente a-histórica e simplista a natureza humana e as instituições sociais. Tentando explicar tudo em termos de comportamento racional, egoísta e maximizador, a economia neoclássica nada explicava.⁵⁴⁸

Segundo Hunt, as finalidades da teoria econômica padrão seriam justificar a remuneração do capital com base na concepção de que o mesmo produziria utilidade, além de tentar demonstrar que todas as rendas representariam de maneira isonômica as contribuições produtivas da propriedade para a sociedade, sendo equivalentes social, econômica e moralmente. Por último, tal teoria teria por objetivo demonstrar a existência de harmonia social como estado natural de coisas em um sistema de concorrência capitalista.⁵⁴⁹

comportamento exploratório e predatório por trás do que Veblen chamava de ‘espírito esportivo’ e ‘cerimonialismo’.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 306. Veja-se, ainda, HUNT, E. K. *id.* p. 310.

⁵⁴⁵ HUNT, E. K. *id.* p. 306.

⁵⁴⁶ HUNT, E. K. *id.* pp. 306-307.

⁵⁴⁷ HUNT, E. K. *id.* pp. 306 e ss.

⁵⁴⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 306.

⁵⁴⁹ HUNT, E. K. *id.* p. 307.

O autor evidenciava, ainda, que para tal visão utilitarista, toda fonte de renda representaria uma contribuição útil à sociedade, e nada que originasse renda poderia ser considerado socialmente inútil e muito menos destrutivo.⁵⁵⁰

A visão hedonista neoclássica segundo a qual o comportamento humano generalizadamente orientado para o aumento da utilidade em qualquer sociedade e em qualquer tempo culminava na afirmação de que o capitalismo apenas diferiria de outras formas de organização econômica ou social por ser mais eficiente.⁵⁵¹

Veblen criticava a teoria de John Bates Clark por estar baseada nas concepções pré-evolucionistas de lei econômica natural e de normalidade, por estar em descompasso para com a concepção de evolução das instituições e de mudança cumulativa.⁵⁵²

A teoria de Veblen estabelece, outrossim, importante distinção entre economia comercial e economia social. Segundo ele, a economia convencional, de matriz marginalista ou neoclássica, defendia o *status quo* econômico, vale dizer, o esquema vigente de distribuição de bens e renda.⁵⁵³

Veblen não hesitava em afirmar que tal concepção teria sido concebida para defender os comerciantes e não o conjunto da população. Propunha, portanto, a substituição a economia comercial por uma economia social, estando a última caracteriza por não se reduzir às questões de preço, lucro e propriedade.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ HUNT, E. K. *ibid.* O efeito legitimador sobre a busca capitalista do lucro é evidente. Segundo Veblen, citado por Hunt, a conclusão de tal formulação teórica seria a de que “o ganho de cada homem de negócios e, quando muito, simplesmente a soma de suas próprias contribuições ao agregado de serviços que mantêm a vida e a felicidade da comunidade. Essa visão otimista da situação dos negócios do postulado hedonista é um dos resultados teóricos mais valorizados e, para o amante da ordem, mais valiosos da taxinomia hedonista.” *Ibid.* Esta visão é diametralmente oposta à de Veblen, que destacava o caráter predatório e afastado do instinto construtivo da economia capitalista. HUNT, E. K. *id.* p. 314.

⁵⁵¹ HUNT, E. K. *id.* p. 308.

⁵⁵² BRUE, S. L. *op. cit.* p. 375; HUNT, E. K. *op. cit.* p. 308. Note-se a oposição frontal: das leis estáveis da economia à evolução; do equilíbrio normal para as mudanças cumulativas em que o antecedente reforça o conseqüente, substituindo-se uma visão essencialmente estática por uma visão essencialmente dinâmica.

⁵⁵³ Como visto e conforme observa Hunt, para Veblen os economistas neoclássicos atingiram os resultados ideológicos consistentes na legitimação da competição capitalista presumindo ou supondo que todo comportamento humano, em qualquer sociedade, fosse orientado no sentido da maximização da utilidade. HUNT, E. K. *id.* p. 307.

⁵⁵⁴ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 376.

O economista insistia no caráter de fenômeno social e cultural ostentado pela produção. Para ele, a produção consistiria em um processo social de partilha de conhecimentos e habilidades pelos seres humanos, caracterizado pela transmissão intergeracional e pela cooperação na transformação da natureza para sua adaptação às necessidades humanas.⁵⁵⁵

No que diz respeito às concepções da propriedade privada calcada nos direitos naturais e ideologicamente legitimada no fruto do trabalho do produtor, Veblen insistia em seu caráter necessariamente social e cooperativo, e na inexistência histórica de indivíduos isolados e autossuficientes.⁵⁵⁶

A filosofia social que baseava os trabalhos de Thorstein Bunde Veblen pressupunha uma primazia cronológica do instinto construtivo sobre o instinto predatório. Sustentava que a baixa produtividade característica dos estágios iniciais da sociedade humana teria determinado tal predomínio como um pré-requisito social de sobrevivência.⁵⁵⁷

Somente após os ganhos de eficiência e os avanços técnicos e instrumentais socialmente acumulados teria se tornado possível, nesta ótica, a atitude predatória. A propriedade privada teria tido sua origem na violência e sua perpetuação na mesma força, assim como na legitimação institucional e ideológica.⁵⁵⁸

Veblen realiza ainda uma crítica severa à noção neoclássica de concorrência perfeita, pois reconhecia certo controle monopolístico exercido pela maioria dos homens de negócios sobre os preços, bem como as distorções geradas pela propaganda no que diz ao reforço das posições de cada um deles no mercado.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 308. Veblen observava que a separação dos fatores de produção era peculiar ao capitalismo, assim como a distribuição dos resultados por salários, rendas e juros. HUNT, E. K. *ibid.*

⁵⁵⁶ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 310-311. Ressaltava o autor institucionalista a impossibilidade de produção sem a transmissão de instrumentos, conhecimentos técnicos e usos industriais prévios. *Id.*, p. 311. Segundo Hunt haveria, na visão de Veblen, uma contradição inerente à propriedade individual, pois esta estaria calcada no instinto predatório, ao passo que a produção seria calcada no instinto de construção. HUNT, E. K. *id.* p. 311.

⁵⁵⁷ HUNT, E. K. *ibid.*

⁵⁵⁸ HUNT, E. K. *ibid.* Segundo Hunt, para Veblen surgem assim sociedades divididas em classes ou sociedades predatórias, nas quais quem trabalha não pode possuir e quem possui não pode trabalhar e os valores associados ao instinto construtivo se deterioraram e foram substituídos por outros, associados à predação. HUNT, E. K. *id.* p. 312.

⁵⁵⁹ Para Veblen, o estado normal do capitalismo moderno seria o de cíclicas depressões. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 316.

Veblen expunha, ainda, que o capital não consistiria em uma substância física universal, mas no resultado de leis ou instituições específicas, assim como a renda e os juros.⁵⁶⁰ O mesmo seria verdadeiro, ressaltava o autor, no que diz respeito às categorias do trabalho assalariado e dos salários.⁵⁶¹

Como manifestação do traço predatório no mundo empresarial, Veblen sustentava a existência de uma nova ordem baseada no domínio da indústria pelos negócios, o que significa subordinação do instinto construtivo pelo instinto predatório, traduzido exclusivamente na preocupação com o lucro.⁵⁶²

Tal controle traduzia-se, segundo o economista, na “sabotagem” da indústria pelos negócios, em nome do lucro, uma interessante concepção de Veblen. Tal concepção baseia-se no abandono consciente de eficiência originado da busca, pelos empresários, do maior lucro possível.⁵⁶³

Quanto ao particular, o economista norte-americano sustentava essencialmente que o aumento na capacidade produtiva em descompasso com a distribuição de renda faria com que os excedentes de produção somente pudessem ser vendidos com redução substancial de preços. A possibilidade de ganhos maiores com uma produção menor a um preço maior faria com que no capitalismo moderno houvesse o denominado abandono de eficiência.⁵⁶⁴

As fábricas ficariam ociosas ou semiociosas relativamente à sua capacidade de produção e os operários privados de emprego e renda, tudo em função da falta de interesse dos empresários em nome do lucro. A “sabotagem” da indústria pelos negócios constituía em um método de controle.⁵⁶⁵

Outro expoente institucionalista foi John Kenneth Galbraith, que alcançou grande notoriedade como analista do capitalismo e como crítico do pensamento econômico neoclássico.⁵⁶⁶

⁵⁶⁰ HUNT, E. K. *id.* p. 308.

⁵⁶¹ HUNT, E. K. *id.* p. 309.

⁵⁶² HUNT, E. K. *op. cit.* p. 315.

⁵⁶³ HUNT, E. K. *ibid.*

⁵⁶⁴ HUNT, E. K. *ibid.*

⁵⁶⁵ HUNT, E. K. *id.* pp. 315-316. Ressalte-se o quão frontalmente oposta à noção de eficiência do capitalismo encontra-se tal posição teórica.

⁵⁶⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 385.

Insta fazer menção inicialmente à crítica de Galbraith àquilo que denominava “sabedoria convencional” dos economistas neoclássicos, por ele definida como “um conjunto de ideias que é familiar a todos, amplamente aceito, mas que não é importante.”⁵⁶⁷

John Kenneth Galbraith sustentava, também a partir de uma perspectiva evolucionista, a necessidade de mudar as concepções e ideias que qualificava como inerentemente conservadoras⁵⁶⁸, com vistas a adaptá-las às exigências impostas pelas novas situações.⁵⁶⁹

Galbraith fez contribuições notáveis à teoria econômica, destacando-se aqui aquelas relativas ao efeito da dependência e à teoria da firma.⁵⁷⁰ Defende o autor a existência de um domínio do capitalismo atual por grandes empresas, bem como uma característica do mesmo consistente em expressivo número de necessidades criadas através de planejamento das corporações e da propaganda em massa⁵⁷¹, concepções estas que contradizem as variadas assunções relativas ao equilíbrio marginalista e neoclássico.

Galbraith sustenta o conceito de “sociedade da opulência”, próximo ao de consumo conspícuo de Veblen. Para o primeiro, a sociedade de opulência é aquela em que cada vez mais as necessidades são criadas pela produção. Ou seja, na sociedade de opulência criam-se necessidades para serem, em seguida, satisfeitas pela produção. Consequentemente, um nível de produção maior não significa necessariamente um maior nível de bem-estar.⁵⁷²

⁵⁶⁷ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁶⁸ Segundo Galbraith as deficiências da teoria econômica seriam decorrentes de concepções obsoletas, e não necessariamente incorretas em sua origem. A obsolescência, segundo ele, decorria do fato de que “o que é conveniente torna-se sacrossanto” e, portanto, intocável. Frisava, também, o papel da tradição na perpetuação de concepções econômicas ortodoxas: “O sistema neoclássico deve muito à tradição (...). Ele é também a doutrina disponível. Os alunos chegam; algo precisa ser ensinado; o modelo neoclássico existe. Ele também tem outra força. Ele serve a uma reciclagem teórica contínua. Com uma complexidade cada vez maior, está a impressão de precisão e exatidão cada vez maiores.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 385.

⁵⁶⁹ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁰ BRUE, S. L. *id.* p. 385-386.

⁵⁷¹ BRUE, S. L. *id.* p. 386.

⁵⁷² BRUE, S. L. *ibid.*

Tal situação cria o que o autor denomina efeito de dependência. Segundo a teoria econômica de Kenneth Galbraith, as necessidades dependeriam do processo pelo qual são satisfeitas, ou seja, do processo de produção, e não contrariamente, como seria de se supor.⁵⁷³

Outra consequência importante do conceito de efeito de dependência é que a mesma representa a recusa da tese da soberania do consumidor sustentada pela ortodoxia econômica.⁵⁷⁴ O esquema teórico de Galbraith quanto ao efeito de dependência redundava na conclusão de que no sistema industrial moderno, são as grandes empresas que produzem e comercializam bens e serviços realmente as soberanas, e não o consumidor, como propalado pelas orientações rivais.⁵⁷⁵

Assim os produtores primeiramente decidem o que deve ser produzido e depois “moldam” os gostos e preferências dos consumidores, compelindo-os ao consumo, através de várias estratégias, com especial destaque para aquela da propaganda em massa.^{576 - 577}

Outra consequência importante da teoria do efeito de dependência é a conclusão acerca da subalocação – ou seja, a alocação abaixo do nível ideal – de recursos para os bens públicos, o que representa um desequilíbrio social. Como a propaganda estimula o consumo de bens privados, os bens públicos passam a ser menos valorizados, teoriza Galbraith.⁵⁷⁸ Para corrigir este efeito, o economista propunha intervenção estatal através da tributação.⁵⁷⁹

⁵⁷³ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁴ Convém transcrever a lição de Stanley Brue sobre o ponto: “A economia ortodoxa sustenta que a iniciativa é responsabilidade do consumidor, que compra bens e serviços no mercado em resposta aos desejos e demandas pessoais. As teorias neoclássicas de escolha do consumidor assumem as necessidades da forma como são. E, se as necessidades precisam ser criadas por meio de propaganda, quão urgentes podem ser? Além disso, a teoria neoclássica da demanda do consumidor, com sua ênfase na soberania do consumidor, implica que o mercado dita a posição ideal da produção e da alocação de recursos.” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 386.

⁵⁷⁵ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁶ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁷ BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁸ Novos automóveis são considerados mais importantes do que novas estradas, como exemplifica Brue. BRUE, S. L. *ibid.*

⁵⁷⁹ BRUE, S. L. *ibid.*

Convém, conclusivamente, consignar algumas considerações sobre a visão institucionalista acerca do papel do governo e do Estado. Os institucionalistas consideravam que os proprietários controlavam o Estado e o governo no sistema capitalista.⁵⁸⁰

Tais estruturas existiriam para proteger a ordem social, como aliás em qualquer sociedade, de modo que o Estado, no capitalismo, serviria à proteção jurídica da propriedade privada e dos privilégios a ela associados.⁵⁸¹

Para Veblen neste sistema a liberdade individual não poderia voltar-se contra os direitos de propriedade, e a principal liberdade liberal seria a de comprar e vender. Veblen encarava o governo constitucional como um “governo de negócios” e sustentava que, sendo os negócios o centro da política moderna, legislação, poder de política, administração da justiça e outras manifestações do poder político estariam precipuamente voltados para os interesses privados.⁵⁸²

Por outro lado, apesar de seu poder crítico, há que se consignar, de acordo com a análise de Ricardo Feijó, que a fraqueza de que padecera o Institucionalismo fora o fato de não propor uma compreensão alternativa para os problemas teóricos que levantava.⁵⁸³

Do Institucionalismo resta uma crítica ácida do saber convencional e demonstrações bastante eloquentes de suas limitações. Algumas percepções do Institucionalismo, notadamente o papel de relevo conferido às instituições no campo econômico, são da maior valia para a construção de uma análise econômica mais realista.

A denúncia do caráter predatório de certas práticas sociais e econômicas sob o capitalismo auxiliam na compreensão da necessidade de se repropor um diálogo entre Economia e Ética e de se revisar as concepções ortodoxas sobre o nível adequado de intervenção do Estado no campo social e econômico.

⁵⁸⁰ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 317.

⁵⁸¹ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 317.

⁵⁸² HUNT, E. K. *ibid.* “Como os trabalhadores eram muitíssimo mais numerosos do que os proprietários, a manutenção da supremacia destes, isto é, da estrutura de classes existente no capitalismo, dependia de os proprietários ausentes controlarem o governo.” HUNT, E. K. *id.*, p. 318.

⁵⁸³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 240.

1.2.11 Escola Keynesiana

A Escola Keynesiana surge na primeira metade do século XX, com a publicação da principal obra de John Maynard Keynes (1883-1946), *Teoria Geral do emprego, do juro e da moeda*, publicada no ano de 1936, na qual faz uma crítica demolidora às concepções ortodoxas.⁵⁸⁴

Embora o pensamento de Keynes tenha sofrido influência teórica e metodológica da Escola Neoclássica⁵⁸⁵, o autor revela-se bastante crítico com relação a alguns dos aspectos do pensamento daquela orientação.⁵⁸⁶

Embora as bases teóricas do keynesianismo sejam anteriores ao ano de 1929⁵⁸⁷, este recebe um significativo impulso a partir do contexto emergente com a grande depressão na década de 1930.⁵⁸⁸

Keynes abordava a economia a partir de uma perspectiva macroeconômica, em virtude dos imperativos da época.⁵⁸⁹ Com efeito, o contexto socioeconômico da

⁵⁸⁴ FEIJÓ, R. *id.* p. 462 e 467. Observa Feijó que até 1930 o pensamento econômico britânico fora dominado pela influência de Marshall e que desta década até a de 1960 fora Keynes quem ocuparia tal posição. FEIJÓ, R. *id.* p. 435 e 470.

⁵⁸⁵ Como ensina Hunt, “os três principais elementos ideológicos do utilitarismo neoclássico eram: (1) a teoria da distribuição baseada na produtividade marginal, que retratava o capitalismo concorrencial como um ideal de justiça distributiva; (2) o argumento da ‘mão invisível’, que retratava o capitalismo como um ideal de racionalidade e eficiência e (3) a fé na natureza automática e auto-regulável do mercado, que demonstrava que as principais funções do governo deveriam ser fazer cumprir os contratos e defender os poderes e os privilégios da propriedade privada.” HUNT, E. K. *op. cit.* p. 381. Keynes romperá com vários dos aspectos decorrentes de tais elementos.

⁵⁸⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 416. Como observa Brue, Keynes utilizava uma abordagem psicológica e subjetiva, valendo-se de diversos conceitos marginalistas. BRUE, S. L. *id.* p. 416. No entanto, o próprio Keynes considerava sua teoria uma total ruptura para com a ortodoxia econômica que denominava “teoria clássica”, referindo-se aos neoclássicos, legatários do marginalismo. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 463.

⁵⁸⁷ Recorde-se que Keynes havia alertado para a possibilidade de uma grande crise econômica antes de sua ocorrência em 1929. FEIJÓ, R. *id.* p. 465.

⁵⁸⁸ BRUE, S. L. p. 417. Sobre as causas e características da crise de 1929 remete-se a FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 465-466 e a HUNT, E. K. *op. cit.* p. 383 e ss. Feijó evidencia que foi a incapacidade da teoria neoclássica em explicar a crise que deu espaço à construção, por Keynes, de uma nova teoria econômica. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 466.

⁵⁸⁹ Sobre a teoria keynesiana, em síntese sumária, ensina Ricardo Feijó que “a ênfase da teoria pe explicar a determinação da produção agregada e, portanto, do emprego. A idéia central era de que o equilíbrio é determinado pela demanda e que em certos casos é possível o desemprego prolongado. Os preços flexíveis não seriam capazes de curar o desemprego. Do lado monetário, Keynes também forneceu uma nova interpretação. As taxas de juros não seriam determinadas no

década de 1930 colocava como problemas centrais a serem enfrentados pela teoria econômica a questão do desemprego, a estagnação econômica e a queda da taxa do crescimento.⁵⁹⁰

A crença no caráter autoajustável da economia⁵⁹¹, que fora concebida como um argumento para a limitação do poder do governo no início do capitalismo, mas tornava-se cada vez mais insustentável.⁵⁹²

Em face do caráter em parte real e em parte monetário da crise de 1929, Keynes passa a cogitar a possibilidade de que as instituições financeiras e a moeda pudessem ser danosas ao sistema capitalista. Como ensina Feijó, “ele enfatiza então o papel das expectativas e da incerteza, mostrando que a ilusão de riqueza pode levar à ruína da economia.”⁵⁹³

Acima de tudo, Keynes faz uma crítica ao pensamento ortodoxo e à sua suposição de que a solução à crise estaria na austeridade, evidenciando o paradoxo da parcimônia, posto que esta nada mais faria do que agravar a crise e gerar recessão.⁵⁹⁴

Keynes rompeu com a Lei de Say, e embora acreditasse ser possível o restabelecimento, a longo prazo, do equilíbrio entre poupança e investimento,

mercado de fundos emprestáveis, mas no mercado de moeda no qual a demanda de moeda dependeria da preferência por liquidez.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 466.

⁵⁹⁰ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 465; BRUE, S. L. *op. cit.* p. 417. Feijó evidencia a utilidade da perspectiva keynesiana para explicações e previsões úteis à formulação de políticas econômicas no período. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 465. Segundo Hunt, a perspectiva neoclássica, em função de seus postulados, era inútil face à crise. HUNT, E. K. *op. cit.* p. 384. Keynes observa que a autoridade de teorias muito afastadas da realidade causou uma perda de prestígio das mesmas. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 34.

⁵⁹¹ Keynes sustenta que o sistema econômico não é violentamente instável, mas encontra-se sujeito a severas flutuações nos níveis de produção e de emprego. Nas palavras do economista, “na verdade ele parece apto a permanecer em condições crônicas de atividade subnormal durante um tempo considerável sem tendência marcada para a recuperação ou o colapso completo.” KEYNES, J. M. *id.* p. 173.

⁵⁹² HUNT, E. K. *id.* p. 382. Como evidencia este autor, na primeira metade do século XIX houve duas crises econômicas graves nos EUA (1819 e 1837) e na Inglaterra quatro (1815, 1825, 1836 e 1847). Na segunda metade daquele século, foram cinco nos EUA (1854, 1857, 1873, 1884 e 1893) e seis na Inglaterra (1857, 1866, 1873, 1882, 1890 e 1900). O quadro agravou-se no século XX, culminando na grande depressão. HUNT, E. K. *id.* p. 383.

⁵⁹³ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 466.

⁵⁹⁴ FEIJÓ, R. *ibid.* Sobre a temática remete-se ao Capítulo 22 do Livro Sexto da Teoria Geral de Keynes. KEYNES, J. M. *op. cit.* pp. 218-219.

sustentava que este processo conduziria a um nível de produção que poderia não ser ótimo do ponto de vista da eficiência econômica.⁵⁹⁵

A solução keynesiana consistiria na atuação estatal suplementar às forças econômicas, consistente em estímulo da economia durante os períodos de depressão pelo dispêndio de recursos estatais.⁵⁹⁶

O princípio ou Lei da demanda efetiva⁵⁹⁷, também chamado significativamente de “anti-Lei de Say”, rechaça a ideia de que a oferta agregada criaria sua própria demanda, concepção esta vinculada à tese do pleno emprego, igualmente por ele rechaçada, como se verá a seguir.⁵⁹⁸

Com o advento do keynesianismo vislumbra-se uma alternativa ao liberalismo e, ao mesmo tempo, às propostas socialistas, buscando conciliar eficiência econômica, justiça social e liberdade política.

Além da abordagem macroeconômica que claramente o distingue das análises com enfoque predominantemente microeconômico sustentado pelas escolas precedentes, a orientação pela demanda, as noções de instabilidade da economia e de inflexibilidade nos salários e preços e, bem como a defesa de políticas fiscais e monetárias ativas constituem os traços mais característicos do keynesianismo.⁵⁹⁹

Na análise do panorama econômico de seu tempo, Keynes qualificou o desemprego em massa como uma situação de equilíbrio, contradizendo frontalmente os dogmas da ortodoxia neoclássica dominante, em uma significativa ruptura para com a ideia de eficiência dos mercados.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ FEIJÓ, R. *ibid.*

⁵⁹⁶ FEIJÓ, R. *ibid.*; HUNT, E. K. *op. cit.* p. 397.

⁵⁹⁷ KEYNES, J. M. *id.* pp. 29 e ss.

⁵⁹⁸ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 468; HUNT, E. K. *op. cit.* p. 388. Keynes sustenta ser falsa a lei de Say e que, portanto, faltaria escrever um capítulo decisivo da teoria econômica, obra à qual se dedicou e da qual resultou o princípio da demanda efetiva de que trata no Capítulo 3 da Teoria Geral. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 31.

⁵⁹⁹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 418-419.

⁶⁰⁰ FEIJÓ, R., *op. cit.* p. 465.

Keynes rejeita a concepção ortodoxa de que não existiria desemprego involuntário.⁶⁰¹ Como observa Hunt, na visão neoclássica, os níveis de emprego total e do produto total seriam determinados pelas livres escolhas dos donos dos fatores de produção, sendo certo que “se o desemprego existia (...) era porque os trabalhadores se recusavam a trabalhar, se não recebessem *mais* do que o valor de seu produto marginal.”⁶⁰²

Com a referida ênfase macroeconômica e a colocação de questões microeconômicas em segundo plano, surgem importantes temas macroeconômicos, como os elementos determinantes das quantias totais ou agregadas de consumo, poupança, renda, produção e emprego.⁶⁰³

A orientação pela demanda, que se traduz no fato de que os economistas dessa Escola sublinhavam e enfatizavam a importância da demanda efetiva ou dos gastos agregados como o principal determinante da renda nacional, bem como da produção e do emprego.⁶⁰⁴ Como evidencia Stanley Brue, na ótica keynesiana

As empresas produzem coletivamente um nível de produção real que esperam vender. Mas, às vezes, os gastos agregados são insuficientes para comprar toda a produção. À medida que os bens se acumulam, as empresas demitem funcionários e reduzem a produção. Isto é, a demanda efetiva estabelece a *produção real* da economia que, em alguns casos, é

⁶⁰¹ FEIJÓ, R. *id.* p. 468. Keynes afirma a existência de desemprego involuntário, que conceitua, na Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, como “no caso de uma ligeira elevação dos preços dos bens de consumo de assalariados relativamente aos salários nominais, tanto a oferta agregada de mão-de-obra disposta a trabalhar pelo salário nominal corrente quanto a procura agregada da mesma ao dito salário são maiores do que o volume de emprego existente.” KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 23.

⁶⁰² HUNT, E. K., *op. cit.* pp. 387-388. Concluindo a explicação, este autor acrescenta: “Só quando os trabalhadores estivessem dispostos a trabalhar recebendo um salário igual ao valor de seu produto marginal e não conseguissem encontrar emprego recebendo esse salário é que os economistas neoclássicos se dispunham a admitir que existia desemprego involuntário. No entanto, os capitalistas maximizavam os lucros, quando contratavam empregados, até o ponto em que o valor de seu produto marginal fosse igual ao salário. Portanto, a maximização do lucro – concluíam os neoclássicos – assegurava que nunca haveria desemprego involuntário. Quando parecia existir desemprego, era apenas porque os trabalhadores se recusavam a aceitar os cortes salariais necessários para igualar o salário ao menor valor do produto marginal que resultaria quando fossem empregados mais trabalhadores.” HUNT, E. K. *id.*, p. 388.

⁶⁰³ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 418.

⁶⁰⁴ BRUE, S. L., *ibid.* Como observa Ricardo Feijó, o esquema keynesiano não apenas fornecia uma explicação para a recessão, mas também mostrava as saídas para a mesma. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 463.

menor que o nível de produção que existiria se houvesse emprego pleno (*produção potencial*).⁶⁰⁵

O próprio Keynes assim resume sua teoria:

Quando o emprego aumenta, aumenta também a renda real agregada. A psicologia da comunidade é tal que, quando a renda real agregada aumenta, o consumo de agregado também aumenta, porém não tanto quanto a renda. Em consequência, os empresários sofreriam uma perda se o aumento total do emprego se destinasse a satisfazer a maior demanda para consumo imediato. Dessa maneira, para justificar qualquer volume de emprego, deve existir um volume de investimento suficiente para absorver o excesso de produção total sobre o que a comunidade deseja consumir quando o emprego se acha a determinado nível. A não ser que haja este volume de investimento, as receitas dos empresários serão menores que as necessárias para induzi-los a oferecer tal volume de emprego. Daqui se segue, portanto, que, dado o que chamaremos de propensão a consumir da comunidade, o nível de equilíbrio do emprego, isto é, o nível em que nada incita os empresários em conjunto a aumentar ou reduzir o emprego, dependerá do montante de investimento corrente. O montante de investimento corrente dependerá, por sua vez, do que chamamos incentivo para investir, o qual, como se verificará, depende da relação entre a escala da eficiência marginal do capital e o complexo das taxas de juros que incidem sobre os empréstimos de prazos e riscos diversos.⁶⁰⁶

Outro ponto importante a se frisar é relativo ao caráter inflexível de salários e preços. Na ótica de Keynes, os salários revelar-se-iam inflexíveis em função de vários fatores, tais quais a legislação trabalhista, os acordos e convenções coletivos com os sindicatos, entre outros. Isso conduziria a um contexto no qual, em momentos de queda na demanda agregada não haveria redução de salários, mas demissão dos empregados, em face da inexistência de alternativa. Em função da

⁶⁰⁵ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 418. Sobre a concepção keynesiana da crise e da depressão econômica escreve Ricardo Feijó: “Os empresários tinham reduzido os investimentos ao perceberem que o mercado estava saturado, e a economia entrou num círculo recessivo de menos investimento, menos trabalho, menos consumo e novos motivos para investir menos. A economia poderia alcançar algum equilíbrio, mas à custa de elevado desemprego e miséria social. Assim, o governo deve antecipar-se aos fatos, a fim de evitar maior sofrimento, complementando os investimentos ao sinal de insuficientes iniciativas do setor privado.” FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 462-463.

⁶⁰⁶ KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 31, acrescentando que: “Assim sendo, dada a propensão a consumir e a taxa do novo investimento, haverá apenas um nível de emprego compatível com o equilíbrio, visto que qualquer outro levaria a uma desigualdade entre o preço da oferta agregada da produção em conjunto e o preço da demanda agregada. Este nível não pode ser *maior* que o pleno emprego, isto é, o salário real não pode ser menor que a desutilidade marginal do trabalho. Mas não há, em geral, razão para que ele seja *igual* ao pleno emprego.” KEYNES, J. M. *ibid.*

queda na demanda efetiva verificar-se-ia, também, naturalmente, uma queda no nível de preços.⁶⁰⁷

Portanto, os economistas de orientação keynesiana defendiam uma intervenção estatal ativa na economia, através de políticas fiscais e monetárias aptas à promoção do pleno emprego, da estabilidade dos preços e do crescimento econômico, afastando-se assim em grande medida da Escola Neoclássica – e das orientações do marginalismo-subjetivismo no que diz respeito a seu liberalismo.⁶⁰⁸

De acordo com Keynes, para combater recessões ou depressões o governo deveria aumentar seus gastos ou reduzir impostos, estimulando os gastos com consumo privado; deveria, ainda, aumentar a oferta de moeda, de maneira a causar a baixa das taxas de juros, estimulando os gastos com investimentos.⁶⁰⁹

Em caso de inflação causada pelos gastos agregados em excesso, a receita keynesiana estabelece que o governo deveria reduzir seus gastos e aumentar os impostos, de modo a reduzir os gastos com consumo privado. Além disso, deveria reduzir a oferta de moeda, elevando, desse modo, as taxas de juros, com vistas a reduzir eventuais os gastos excessivos com investimentos.⁶¹⁰

A Escola keynesiana deixou muitos legados para a Ciência Econômica posterior, embora tenha perdido parte de sua credibilidade após a década de 1970 e especialmente após o advento da denominada contrarrevolução monetarista.⁶¹¹

Entre as décadas de 1970 e 1980 as preocupações de governos como o dos Estados Unidos da América centravam-se na inflação decorrente da demanda

⁶⁰⁷ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 418.

⁶⁰⁸ BRUE, S. L. *id.* p. 419. Com efeito, no período percebiam-se de maneira bastante clara as limitações do *laissez-faire*. FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 465.

⁶⁰⁹ BRUE, S. L., *id.* p. 419.

⁶¹⁰ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 419. Em síntese, nas palavras de Feijó: “A idéia básica de Keynes é simples. A fim de manter o pleno emprego na economia, o governo deve gerar déficits orçamentários quando a economia entrar em recessão. A baixa atividade econômica de então deve-se ao fato de o setor privado não estar investindo o suficiente.” FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 462.

⁶¹¹ De acordo com Brue, o keynesianismo foi muito útil mesmo para quem discordava de suas conclusões, pois “estabeleceu um novo conjunto de ferramentas analíticas por meio do qual se poderia ver a economia, encorajou o desenvolvimento da renda nacional, estimulou um esforço coletivo para os estudos empíricos do mundo real, acelerou o desenvolvimento da econometria e criou um novo liberalismo sobre o qual os reformistas poderiam depositar suas esperanças de ajudar aqueles que menos se beneficiavam com o capitalismo desmedido.” BRUE, S. L., *op. cit.* p. 420.

excessiva e no déficit orçamentário, o que acarretou a rejeição dos postulados keynesianos e a defesa da austeridade fiscal e do equilíbrio orçamentário.⁶¹²

A importância do keynesianismo para a Ciência Econômica atual é tamanha que Stanley Brue crê ser plausível considerá-la como “uma combinação da microeconomia neoclássica com a macroeconomia inspirada no keynesianismo”.⁶¹³

O legado do keynesianismo, além de estruturar a macroeconomia contemporânea, serviu de inspiração para economistas que por sua orientação ficaram conhecidos como neokeynesianos, novos keynesianos ou pós-keynesianos⁶¹⁴ entre os quais poder-se-ia destacar os nomes de Alvin Hansen, Paul Samuelson, James Tobin, Lawrence Klein, Franco Modigliani e Robert Solow.⁶¹⁵

A importância do keynesianismo para a discussão do objeto desta tese é evidente, pois trata-se da corrente teórica e matriz de políticas econômicas que representou um enorme afastamento da ortodoxia econômica.

As limitações do liberalismo da política econômica convencional e as limitações teóricas e metodológicas ficam bastante claras a partir do keynesianismo, além de mudanças relevantes do ponto de vista metodológico, como a abordagem macroeconômica e a valorização de métodos empíricos, terem se produzido.

O legado do keynesianismo ao pensamento econômico posterior contribuirá, assim, não apenas para evidenciar os problemas da *mainstream Economics*, mas também para fornecer alternativas viáveis às visões econômicas do Direito e à discussão sobre o papel do Estado em face da economia.

⁶¹² FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 471.

⁶¹³ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 420; FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 470.

⁶¹⁴ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 436; FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 471.

⁶¹⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 436.

1.2.12 A Escola de Chicago ou "Novo classicismo"

Dentro da tradição neoclássica contemporânea é possível distinguir uma ala denominada liberal e outra denominada conservadora.⁶¹⁶ Observam-se algumas diferenças cruciais entre uma orientação e outra: a ala liberal caracteriza-se por suas reservas ao *laissez-faire*, por sua visão favorável à legislação antitruste e às agências reguladoras e, ainda, pelo reconhecimento da existência de externalidades a serem sanadas pela intervenção estatal. A ala conservadora, por sua vez, defende intransigentemente o *laissez-faire*, sendo contrária à legislação antitruste e às agências reguladoras e infensa à noção de ação do Estado corretiva às externalidades.⁶¹⁷

A Escola de Chicago integra a versão conservadora da tradição liberal⁶¹⁸ e suas origens remontam ao ingresso de Milton Friedman (1912-2006)⁶¹⁹ na Universidade de Chicago no ano de 1946 e de George Stigler (1911-1991) no ano de 1948, sendo ambos considerados os criadores da identidade da Escola, cuja continuidade ficou a cargo de Gary Stanley Becker (1930-)⁶²⁰⁻⁶²¹ e outros.

⁶¹⁶ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 435. O autor adverte para o necessário cuidado para evitar confusões terminológicas, pois os liberais no sentido empregado no século XIX são durante o século XX considerados conservadores, ganhando a expressão liberal outro sentido. *Ibid.*

⁶¹⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 436. Como observa este autor, “os liberais reconheciam que ‘externalidades’ (...) poderiam provocar uma divergência entre custos privados e sociais (onde se incluem coisas como a poluição). O governo também poderia sanar este problema, argumentavam, com um sistema de impostos que igualasse os custos privados e os sociais.” HUNT, E. K. *ibid.*

⁶¹⁸ HUNT, E. K. *ibid.* Ao lado dela, na mesma vertente, encontra-se a Escola Austríaca, que remonta a Menger e é representada por Ludwig von Mises e Friedrich Hayek, membros da segunda geração de discípulos do primeiro, de caráter ultraconservador. HUNT, E. K. *id.* p. 442. Observe-se que embora haja diferenças significativas, sobretudo metodológicas (HUNT, E. K. *ibid.*), há vínculos não apenas teóricos, analíticos e metodológicos, mas também históricos entre as escolas. Como se verá adiante, tanto Von Mises quanto Menger lecionaram em Chicago durante vários anos e influenciaram a Escola oriunda daquela Universidade reconhecidamente. HUNT, E. K. *ibid.*

⁶¹⁹ Os expoentes da vertente conservadora e da vertente liberal do neoclassicismo foram, como observa Hunt, Paul Anthony Samuelson (1915-2009) e Milton Friedman, respectivamente.

⁶²⁰ Gary Becker vai estar diretamente ligado ao nascimento da Análise Econômica do Direito, como se verá adiante.

⁶²¹ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 482. Mas a tradição liberal da Escola é mais antiga. Basta recordar, com Stanley Brue que Frank Knight (1885-1972), contestador, juntamente com Ronald Coase, da teoria do custo social de Arthur C. Pigou, dela fizera parte. BRUE, S. L. *ibid.*

Como observa Stanley Brue, a Escola de Chicago constitui uma variante da abordagem neoclássica, denominada *novo classicismo*⁶²², variante, como já visto, do *laissez-faire* extremado, dogmático e doutrinário.⁶²³

A Escola de Chicago consiste em um movimento de reação a diversos desenvolvimentos do pensamento econômico ocorridos após o advento do neoclassicismo de Marshall, especialmente a teoria das externalidades de Arthur Cecil Pigou, a teoria de Joan Violet Robinson (1903-1983) sobre o monopólio⁶²⁴, as teorias da concorrência imperfeita, o problema dos monopólios, a teoria econômica sobre o socialismo de mercado, a revolução keynesiana com seu intervencionismo estatal na economia.⁶²⁵

Eventos socioeconômicos verificados especialmente a partir da década de 1970, sobretudo a crise do petróleo, que pôs em xeque a equação keynesiana, criaram as condições ambientais propícias para o desenvolvimento da Escola.⁶²⁶

Uma primeira característica básica da Escola de Chicago, compartilhada com a Escola Austríaca, é a afirmação da Economia como uma ciência pura e axiologicamente neutra e amoral. A Ciência Econômica seria, nessa visão, positiva e não normativa.⁶²⁷

Os autores da Escola neoclássica reconhecem autoridade científica apenas às abordagens que adotem referidos cânones de neutralidade e pretendem que sua teoria seja universalmente aplicável, abrangendo todos os países e todos os sistemas econômicos⁶²⁸, em um pretensão cosmopolitismo que faz lembrar a Escola Clássica, quanto ao particular.

⁶²² BRUE, S. L. *ibid.* Donde a distinção entre neoclassicismo e novo classicismo e a necessidade da adequada distinção das Escolas.

⁶²³ HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 436-437.

⁶²⁴ O monopólio consiste na “situação em que desaparece a concorrência, quando só existe um adquirente potencial ou efetivo de determinado produto ou serviço.” Fundação Brasileira de Direito Econômico. Novo Dicionário de Direito Econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, verbete *monopólio*, p. 332. Figura parecida com o monopólio – mono-situação no campo dos ofertantes – mas no campo dos adquirentes. *Id.*, p. 330.

⁶²⁵ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 483.

⁶²⁶ BRUE, S. L. *ibid.*

⁶²⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 442.

⁶²⁸ HUNT, E. K. *id.* p. 443.

Dois pontos são fundamentais para a compreensão da orientação econômica do novo classicismo: a reafirmação do liberalismo e a rejeição completa do intervencionismo de tipo keynesiano.

O novo classicismo de Chicago volta a considerar a economia como autoajustável e autorreguladora. No pensamento de seus autores, as recessões e depressões não poderiam ser apropriadamente atribuídas ao mercado, mas a uma política monetária inadequada. A inflação seria sempre um fenômeno monetário⁶²⁹ e, portanto, a teoria da inflação de demanda (provocada pelos vendedores) seria incorreta.⁶³⁰

Assim, o pensamento “novoclássico” representa uma continuidade da afirmação da Lei de Say no bojo do pensamento econômico, atribuindo qualquer instabilidade observada no capitalismo à intervenção estatal excessiva.⁶³¹

O governo, para a Escola da Chicago, seria inerentemente ineficiente para a obtenção de resultados que poderiam ser obtidos no mercado, por meio de intercâmbio privado. Há uma visão pessimista do Estado e do governo, segundo a qual seus agentes inevitavelmente buscam satisfazer objetivos próprios através do Estado, frustrando os objetivos que supostamente beneficiariam os contribuintes⁶³².

A missão do Estado deveria circunscrever-se à proteção do sistema de mercado existente, especialmente a garantia da propriedade privada e dos contratos, sustentando uma visão “minarquista” ou minimalista em face do Estado.⁶³³

⁶²⁹ Com efeito, o monetarismo é elemento importante na nova orientação, a ponto de António José Avelãs Nunes falar no movimento criador Escola de Chicago de contrarrevolução monetarista.

⁶³⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 484. A orientação é fruto da contrarrevolução monetarista, aqui já examinada sumariamente.

⁶³¹ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 443. Friedman, por exemplo, atribui a Grande Depressão à má administração do governo. HUNT, E. K. *ibid.*

⁶³² Nas palavras de Brue: “Em vez de se concentrar no interesse público, o controle do governo normalmente beneficia aqueles que buscam o controle ou aqueles que aprendem a dispor deles em vantagem própria” BRUE, S. L. *op. cit.* p. 485. Veja-se em seguida os desenvolvimentos na *Public Choice Theory* e, particularmente, na Escola da Virgínia.

⁶³³ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 443. Para a Escola de Chicago o único bem consumido socialmente de forma legítima e que deveria ser proporcionado pelo Estado é a defesa. HUNT, E. K. *id.* p. 444. Este mesmo autor observa que Friedman sustenta em *Capitalism and Freedom* a eliminação de impostos sobre empresas, imposto de renda progressivo, escolas públicas, seguridade social, normas sobre a qualidade de alimentos e medicamentos, monopólio do correio, auxílio governamental em casos de desastres naturais, salário mínimo, limitações aos juros, proibição de comercialização de entorpecentes, entre outros. *Ibid.*

Segundo tais concepções, a mão invisível da economia faria com que o sistema econômico opere de maneira racional e eficiente e preservaria, simultaneamente, o máximo de liberdade.⁶³⁴

Em caráter de síntese, poder-se-ia resumir alguns dos postulados da Escola da Chicago nos seguintes termos: todo comportamento humano envolveria uma relação de troca e, portanto, escolha.⁶³⁵

A concepção do comportamento ideal foi herdada pelo novo classicismo da Escola neoclássica e seu caráter hedonista. Segundo tal concepção, como é sabido, as pessoas racionais tendem a maximizar seu próprio bem-estar, ou seja, buscam otimizar o comportamento na tomada de decisões.⁶³⁶

Toda escolha implicaria ganhos e custos, sejam eles explícitos ou implícitos – aqui assume importância a noção de custo de oportunidade, representativo de todas as renúncias assumidas por uma decisão alocativa de recursos em face da escassez que lhes é inerente. Os seres humanos fariam escolhas racionais, buscando através das trocas maximizar sua utilidade e minimizar sua desutilidade.⁶³⁷

Assim, assume-se que todas as escolhas seriam racionais e que representariam a melhor alternativa possível entre as disponíveis na troca. Em função disso, todas as escolhas seriam racionais e maximizadoras da utilidade de todos os envolvidos no processo de troca, maximizando, por conseguinte, a utilidade total.⁶³⁸

Enfim, a troca capitalista é compreendida pela vertente neoclássica conservadora da Escola de Chicago como harmonizadora de interesses, maximizadora de utilidade, geradora de preços racionais e de alocação eficiente de recursos.⁶³⁹

⁶³⁴ HUNT, E. K. *id.* p. 444.

⁶³⁵ HUNT, E. K. *id.* p. 448.

⁶³⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 483.

⁶³⁷ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 448.

⁶³⁸ HUNT, E. K. *ibid.*

⁶³⁹ HUNT, E. K. *ibid.* Nas palavras desse autor, “as escolas austríaca e de Chicago reduzem todo o comportamento humano a trocas maximizadoras racionais e, por conseguinte, são capazes de provar que sob todos os aspectos, econômicos e não econômicos, um sistema capitalista de livre mercado é o melhor de todos os mundos possíveis.” HUNT, E. K. *id.* p. 449.

Entre as demais características da Escola de Chicago dignas de destaque, possível elencar, ainda, além de tais concepções do comportamento ideal, a orientação matemática e o entendimento de que preços e salários controlados tendem a ser uma estimativa confiável dos preços e salários da concorrência a longo prazo.⁶⁴⁰

A Escola de Chicago caracteriza-se pelo individualismo metodológico, pois a unidade de análise elementar é o indivíduo e, eventualmente, algumas unidades maiores, como famílias, grupos de interesse políticos e organizações empresariais.⁶⁴¹

A realidade social e econômica é simplificada pela análise “novoclássica”, sendo os grupos sociais reduzidos a indivíduos que realizam trocas maximizadoras, autônomas, calculistas e racionais.⁶⁴²

Como já observado anteriormente, a redução de toda a atuação humana, abstraída seu contexto social, permite a representação da realidade de mercado como uma situação de legítimo intercâmbio voluntário e harmônico, ignorando-se fenômenos reais como as diferenças de poder de barganha e os constrangimentos decorrentes.⁶⁴³

A Escola tende a confiar muito na orientação matemática, valendo-se do método do equilíbrio de Marshall e da abordagem do equilíbrio geral, de Walras, embora a análise matemática seja reforçada, por vezes, pela verificação empírica.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 484.

⁶⁴¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 483-484.

⁶⁴² HUNT, E. K. *op. cit.* p. 445. Como observa este autor, “a maioria dos teóricos destas escolas se furta a levar em consideração as conclusões devastadoras da demonstração da troca (...), mas o fazem a um custo intelectual muito alto: negam a existência do capitalismo. Não há, em sua opinião, uma coisa geral chamada capital e, portanto, não precisam calcular a produtividade do capital. Essas escolas (sic) completam o processo, iniciado por Say, Senior e Bastiat, de obscurecer as diferenças entre trabalho e capital. Em sua teoria não há trabalhadores e capitalistas; só há indivíduos que fazem trocas.” HUNT, E. K. *id.*, pp. 444-445.

⁶⁴³ HUNT, E. K. *id.* p. 446. “(...) dadas as ‘dotações iniciais’ (...) os dois agentes da troca se beneficiam; isto é, trabalhar por qualquer salário, sob quaisquer condições, é geralmente preferível a morrer de fome.” HUNT, E. K. *ibid.*

⁶⁴⁴ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 484. Aqui se estabelece certa distinção metodológica entre a Escola de Chicago e a Escola Austríaca, de resto bastante próximas quanto a aspectos ideológicos especialmente.

Por fim, os economistas do novo classicismo consideram que os preços e salários refletem os custos de oportunidade⁶⁴⁵, na margem, da sociedade, sendo reputadas irrelevantes as divergências entre preços reais e de concorrência provocadas por monopólio ou monopsônio.⁶⁴⁶

Os novos classicistas de Chicago refutam a teoria do custo social de Arthur Cecil Pigou⁶⁴⁷, sustentando que “o estabelecimento de *direitos de propriedade bem-definidos* (sic) e o encorajamento de *negociações privadas* podem minimizar as externalidades”, o que se consubstancia no *Teorema de Coase*.⁶⁴⁸

Como evidencia Hunt, a resposta da Escola de Chicago para solucionar as externalidades consiste, simplificadamente, em criar direitos de propriedade para a poluição – e para outras formas de externalidade – e estabelecer um livre mercado para sua compra e venda.⁶⁴⁹

Os economistas de Chicago defenderam significativamente os interesses de corporações, na ótica de Stanley Brue, interpretando, por exemplo, que a propaganda teria a função de informar os consumidores sobre suas escolhas, que monopólios seriam irrelevantes e efêmeros⁶⁵⁰, que cartéis seriam fenômenos necessários no “mercado de controle corporativo”.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ Grosseiramente, custo de oportunidade pode ser compreendido como tudo aquilo de que se abre mão para se obter algo. Posteriormente discutir-se-á mais pormenorizadamente o conceito e sua importância no âmbito das visões economicistas sobre o direito.

⁶⁴⁶ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 484; HUNT, E. K. *op. cit.* pp. 443-444. Tal compreensão se baseia na ideia de que somente é possível a permanência de preços determinados monopolisticamente a longo prazo se existe restrição governamental à concorrência BRUE, S. L. *id.* p. 484.

⁶⁴⁷ Com efeito, a Economia do bem-estar (*Welfare Economics*) desenvolvida entre outros por Pigou servira à legitimação da intervenção estatal na economia ao entender que à mesma caberia corrigir as externalidades negativas e as falhas de mercado. A relação do teorema de Coase com a teoria do custo social pigouviana será explorada adiante. Sobre as relações entre o pensamento pigouviano e coasiano, veja-se BRUE, S. L. *id.* p. 402.

⁶⁴⁸ BRUE, S. L. *id.* p. 484. Como se verá, tão importante quanto a influência de Gary Becker é a de Ronald Coase e seu teorema para a fundação da Análise Econômica do Direito na versão de Chicago. A visão do Direito como promotor de eficiência e redutor de custos é decorrência do teorema de Coase.

⁶⁴⁹ HUNT, E. K. *op. cit.* p. 444.

⁶⁵⁰ HUNT, E. K. *id.* p. 444. Na ótica sustentada por Milton Friedman, uma situação de monopólio somente seria duradoura se contasse com o auxílio governamental. HUNT, E. K. *ibid.*

⁶⁵¹ BRUE, S. L. *op. cit.* p. 485.

A Escola de Chicago representa a manutenção da tradição marginalista e do legado das economias clássica e neoclássica, mesmo durante o ápice da revolução keynesiana.⁶⁵²

Como se verá, o Novo Clacissismo será a visão dominante a influenciar as visões econômicas do Direito propugnadas por Friedrich August Von Hayek e por Richard Posner, apesar de suas diferenças.

São as continuidades entre certos aspectos do pensamento econômico representadas pelo “novo” classicismo que evidenciarão os problemas e as limitações analíticas, teóricas, metodológicas e éticas da ortodoxia contemporânea e, conseqüentemente, de sua análise do campo jurídico.

Renuncia-se, no entanto, a fazer tal análise neste momento, haja vista ser o Capítulo III dedicado a tal temática, para o qual se remete o leitor.

Estas, portanto, sumariamente, as variadas revoluções e contrarrevoluções pelas quais passou o pensamento econômico nos últimos séculos, culminando na ortodoxia contemporânea representada pela Escola de Chicago e pela Escola Austríaca, ultraliberais e ultraconservadoras, iconicamente representadas por Friedman e Hayek.

O que se pretendeu com esta incursão na História do Pensamento Econômico foi demonstrar a frequência, intensidade e seriedade das dissensões acerca de determinados temas econômicos cruciais ao longo do tempo.

Visou-se demonstrar as principais crenças teóricas, analíticas e metodológicas da economia ortodoxa, seus problemas e suas limitações a partir dos vários ataques encetados por orientações heterodoxas, especialmente a partir da Escola Histórica Alemã, ainda no século XIX.

Tais orientações heterodoxas não apenas fornecerão o parâmetro crítico do saber econômico convencional, como também proporcionarão evidência de algumas alternativas analíticas, teóricas, metodológicas e éticas para a Economia e, conseqüentemente, para a Análise Econômica do Direito.

As discussões preliminares aqui evidenciadas sumariamente acerca de temas econômicos e sociais cruciais – como a teoria do valor, da distribuição, o conceito do *homo economicus*, o objeto e os métodos da Ciência Econômica, entre outros, serão essenciais para o desenvolvimento dos capítulos subsequentes.

⁶⁵² BRUE, S. L. *id.* 486.

Neles, buscar-se-á, após evidenciar algumas das principais visões econômicas sobre o direito e historiar o desenvolvimento da análise econômica do direito no bojo do denominado imperialismo da Ciência Econômica que tem lugar a partir da década de 1950, discutir algumas das premissas teóricas e metodológicas assumidas por aquelas visões para, posteriormente, discutir-se a possibilidade de elaboração de outras análises econômicas do fenômeno jurídico.

2 AS VISÕES DE HAYEK E DE POSNER SOBRE O DIREITO

Uma vez que se reconheça que os indivíduos podem, de fato, criar externalidades (porque na realidade vivemos num mundo social e não em milhões de mundos individuais), então vemos que a recomendação destas escolas nos assegura que o livre mercado se tornará um “pé invisível” que automaticamente maximizará a desgraça humana. (HUNT, E. K.)

Uma vez realizada a incursão histórica no pensamento econômico levada a cabo no capítulo precedente convém explorar-se algumas das diversas visões do Direito a partir do campo da Economia.

A partir dos elementos característicos das orientações contemporâneas da Ciência Econômica, influenciada por certos aspectos do marginalismo, do neoclassicismo e de correntes monetaristas, ficarão claros os fundamentos teóricos e ideológicos de tais visões.

Entre diversos autores e diversas Escolas de pensamento possíveis, optou-se por explorar a visão do direito a partir da Economia com base no pensamento de dois autores em particular devido à sua importância teórica e histórica.

Assim, analisar-se-ão aqui alguns aspectos do pensamento de Friedrich August Von Hayek (1899-1992) e de Richard Allen Posner, embora conscientes das diferenças existentes entre o pensamento de ambos.

Hayek constitui um representante da Escola Austríaca e, até certo ponto, legatário da tradição daquela Escola, que remonta a Carl Menger, um dos fundadores do marginalismo-subjetivismo. No entanto é necessário que se ressalve que suas teorizações são amplas e não se prendem exclusivamente a uma análise do Direito a partir da Economia, abrangendo também outros campos do saber.

Posner, como é sabido, é um dos precursores e expoentes do movimento *Law & Economics* e o principal representante da Escola de Chicago – a ortodoxia do movimento, outrora hegemônica. Professor em Harvard e juiz nos Estados Unidos, a influência de Posner dá-se nos âmbitos acadêmico e extra-acadêmico.

Outra razão para a escolha de tais representantes do pensamento econômico sobre o Direito são seus laços pois, como se verá, existem ligações teóricas e

históricas entre a Escola Austríaca de Hayek e a Escola de Chicago de Posner, embora, como já dito, haja diferenças importantes entre ambas.

Ambos os autores possuem torrencial produção acadêmica, de modo que não constitui tarefa fácil explorar seu pensamento, pelo que renuncia-se no presente capítulo a qualquer pretensão de exaustão.

O que aqui se busca proporcionar é uma visão panorâmica acerca de duas das principais correntes de pensamento que encaram o Direito precipuamente a partir de um ponto de vista econômico.

Para tanto, elegeram-se algumas das principais obras de ambos os autores, que podem ser consideradas representativas de importantes aspectos de seu pensamento, enfatizando-se as passagens em que abordam os temas mais relevantes para o presente estudo.

2.1 A VISÃO DO DIREITO NA ÓTICA DE HAYEK

Uma das visões econômicas sobre o Direito mais notórias e influentes, oriunda da direita liberal, consiste naquela elaborada por Friedrich August Von Hayek (1899-1992), Prêmio Nobel de Economia em 1974, célebre por ser o autor de um ataque impiedoso contra o socialismo e as tendências que rotulava pejorativamente como coletivistas.⁶⁵³

De acordo com Stanley Brue, “suas opiniões foram amparadas pelo colapso das principais nações socialistas com planejamento central e pelo desenvolvimento da Economia da Informação”.⁶⁵⁴

Continuador da Escola Austríaca fundada por Carl Menger, cujas primeiras gerações contatam com nomes como os de Wieser e Böhm-Baerk, despontou como

⁶⁵³ Nas palavras de Galbraith: “Ninguém defendeu – e ainda defende, ocasionalmente, no momento em que escrevo estas linhas – tão poderosamente uma oposição intransigente às reformas quanto Friedrich von Hayek.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 173.

⁶⁵⁴ BRUE, S. L., *op. cit.* 406.

expoente da mesma por volta das décadas de 1920 e 1930, ao lado de Ludwig Von Mises (1881-1973).⁶⁵⁵

Como observa Ricardo Feijó, as contribuições de Hayek para com a teoria econômica desenvolveram-se em torno de temas como ciclos econômicos, capital, investimento e poupança, combatendo o pensamento de economistas como Piero Sraffa (1898-1983) e John Maynard Keynes.⁶⁵⁶

O interesse de Hayek por questões técnicas no campo econômico diminuiu com o tempo, tendo o mesmo voltado seus estudos para as áreas da psicologia e da epistemologia social, ultrapassando ao final os confins da disciplina econômica.⁶⁵⁷

Uma das contribuições mais importantes de Hayek, assim como de seu colega Von Mises, foram as argumentações contrárias à possibilidade de cálculo racional no socialismo.⁶⁵⁸

Há uma interessante relação teórica e histórica entre as Escolas Austríaca e de Chicago, evidenciada por E. K. Hunt. Observa este autor que a Escola Austríaca, de viés ultraconservador, influenciou a Escola de Chicago, pois tanto Von Mises quanto Hayek lecionaram na Universidade de Chicago por diversos períodos. Segundo Hunt, juntamente com Frank H. Knight (1885-1972), tais autores foram as influências mais importantes para a formação da Escola da Chicago⁶⁵⁹ que, por sua vez, será o berço da Análise Econômica do Direito, como se verá adiante.

A despeito do parentesco, necessário advertir com Hunt que ambas as Escolas possuem pontos de convergência e divergência. A convergência revela-se

⁶⁵⁵ FEIJÓ, R. *op. cit.* 430. Ambos foram considerados por Galbraith como “os mais empenhados expoentes da ortodoxia clássica em sua forma mais pura.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* p. 171.

⁶⁵⁶ FEIJÓ, R. *op. cit.* 430.

⁶⁵⁷ FEIJÓ, R. *ibid.*

⁶⁵⁸ FEIJÓ, R. *op. cit.* p. 430. Observa Feijó ter havido uma ruptura da parte de Hayek em face do pensamento de Carl Menger, com repercussões em sua teoria do valor. Hayek rejeitou o fundamento mengeriano da Economia e a crença aristotélica de Menger em estruturas essenciais da realidade econômica como um dado objetivo, fundando sua filosofia econômica sobre uma psicologia sensorial influenciada por Karl Popper (1902-1994) e buscando apoio em um subjetivismo evolucionista para a explicação da ação individual e do surgimento e operação das instituições sociais. FEIJÓ, R. *id.* pp. 430-431. O pensamento de Hayek vincula-se ao de Popper especialmente no que diz respeito à crítica deste relativamente ao historicismo, vinculada à crítica hayekiana à planificação baseada na impossibilidade de previsão dos comportamentos futuros derivados do aumento do conhecimento. RIBEIRO, F. C. **Hayek e a teoria da informação: uma análise epistemológica.** São Paulo: Annablume, 2002, p. 17.

⁶⁵⁹ HUNT, E. K. *op. cit.* 442.

quanto a aspectos como o destaque aos benefícios oriundos das trocas, o individualismo extremo e a defesa dogmática do liberalismo. As divergências verificam-se especialmente em relação a aspectos metodológicos. Quanto a estes aspectos, a Escola Austríaca enfatiza uma abordagem racionalista, diversa da abordagem empírica de Milton Friedman (1912-2006) e de seus seguidores.⁶⁶⁰

Ensina Galbraith, quanto à Escola Austríaca, que “todos, mas especialmente Mises e Hayek, eram dogmáticos em suas opiniões: para eles, qualquer afastamento da ortodoxia clássica significava um passo irreversível rumo ao socialismo.”⁶⁶¹

Segundo o economista canadense, a tese de Hayek era no sentido de que, considerando-se a variedade de desejos humanos e a complexidade da estrutura de capital e trabalho necessária para sua satisfação, o socialismo seria impossível, quer teórica, quer praticamente.⁶⁶²

Outro problema do socialismo, nada negligenciável na ótica hayekiana, seria seu conflito intrínseco para com a liberdade. Em seu ponto de vista, as políticas de bem-estar social conduziriam fatalmente à opressão socialista e não salvariam o capitalismo, mas, contrariamente, conduziriam à sua destruição.⁶⁶³

Há uma importante base epistemológica nas concepções hayekianas, pelo que a Teoria da Informação constitui capítulo importante e não negligenciável das formulações teóricas deste expoente da Escola Austríaca.⁶⁶⁴

Como observa Francisco Carlos Ribeiro, a teoria econômica de Hayek e a Teoria da Informação⁶⁶⁵ derivam da mesma base filosófica, revelando-se complementares.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ HUNT, E. K. *ibid.*

⁶⁶¹ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 171-172.

⁶⁶² GALBRAITH, J. K. *id.* p. 172.

⁶⁶³ GALBRAITH, J. K. *ibid.* Como observa este mesmo autor mais adiante: “Em 1944, no auge do esforço de guerra e da intervenção governamental, o professor Friedrich von Hayek, que agora estava na Universidade de Chicago, voltou ao ataque, reafirmando com rigor e severidade das regras da Economia clássica: ‘O sistema de preços só cumprirá sua função se prevalecer a livre concorrência, ou seja, se cada produtor tiver que se adaptar às variações de preços e não puder controlá-los.’ Porém, mesmo ele não ressaltou a ineficácia da intervenção governamental e sim a ameaça que ela constituía à liberdade. Esta ameaça, que reduzia a liberdade de escolha, voltaria a ser mencionada cada vez mais por ele e por seu coadjutor, o professor Milton Friedman.” GALBRAITH, J. K. *id.* p. 225.

⁶⁶⁴ RIBEIRO, F. C., *op. cit.* p. 15.

⁶⁶⁵ A Teoria da Informação, também denominada Teoria Matemática da Informação, consiste em ramo da probabilística e da estatística que estuda sistemas de comunicação e de transmissão de

Tal teoria considera que a informação é proporcionada pelos eventos inesperados, para cuja ocorrência é necessário haver desconhecimento, sob pena de impossibilidade.⁶⁶⁷ Nas palavras do autor

Para Hayek, ninguém possui o conhecimento universalista das coisas, já que ninguém possui conhecimentos completos, inclusive sobre hora e local de um negócio; assim, a concorrência constitui-se em processo de descoberta, de geração de informação; por outro lado, a Teoria da informação também demonstra que o inesperado informa, e que a redução da entropia⁶⁶⁸ é diretamente proporcional ao ganho da informação.⁶⁶⁹

Como já visto, Hayek não endossa o essencialismo de Menger e tampouco assume uma postura instrumentalista.⁶⁷⁰ Sustenta Hayek que a crença na

dados, bem como a criptografia, as codificações, a compressão de dados, a correção de erros, a teoria do ruído, entre outros. Sua criação é atribuída a Claude Shannon (1916-2001) e remonta ao artigo de sua autoria intitulado “Uma teoria matemática da comunicação” (*A Mathematical Theory of Communication*), publicado no ano de 1948. Sobre a Teoria da Comunicação, veja-se RIBEIRO, F. C. *id.* p. 21 e ss.

⁶⁶⁶ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 15.

⁶⁶⁷ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁶⁸ No âmbito da Teoria da Informação, entropia é a medida do grau de incerteza de uma informação. O origem do termo refere-se à medida microfísica de desordem ou irreversibilidade de um processo, pelo que adota o significado de medida de irreversibilidade na passagem de um sistema ordenado para um sistema desordenado, podendo ser considerado, simplificada, para fins de Teoria da Informação, como a medida do grau de ganho de informação e consequente redução de desordem, ou vice-versa. RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 15 e 34.

⁶⁶⁹ RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 15-16. Mais uma vez importante frisar a relação entre o pensamento popperiano e hayekiano: “Além de qualquer dúvida, a crítica de Popper corrobora – sob base epistemológica diferente – as ideias de Hayek: enquanto este entende que o planejamento econômico é passível de erros porque ninguém detém o conhecimento por completo, aquele afirma que não é possível prever o comportamento futuro dos agentes com base nas leis do desenvolvimento histórico, pois tais leis são baseadas em comportamentos padrão, que mudam conforme mudam as pessoas quando de posse de conhecimentos até então inexistentes; daí que não é possível prever o comportamento futuro com precisão, dado que não é possível prever fatos derivados do acréscimo de conhecimento, o que só é possível perante a visão incompleta do mundo.” RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 17-18.

⁶⁷⁰ RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 47-48. É sabido que o essencialismo consiste em uma corrente filosófica que busca explicar o que é alguma coisa para entender seu funcionamento, suas características e para utilizar tal conhecimento de maneira instrumental. Tal orientação pressupõe conhecimento totalizante, pois se torna necessária a distinção entre o *essencial* (propriedade intrínseca) e o *acidental*. A orientação instrumentalista difere da essencialista na medida em que busca analisar os mecanismos de causa e efeito sem preocupação com a explicação global. A orientação instrumentalista busca lançar mão de um conjunto de hipóteses a serem utilizadas como meros instrumentos na busca de resultados significativos; ao constatar uma estrutura de fator motivante e resultado esperado, dela se lança mão no intuito de atingir-se o objetivo, portanto, instrumentalismo. RIBEIRO, F. C. *id.* p. 47.

superioridade dos eventos planejados e calculados sobre as forças sociais espontâneas – que rejeita –, embora ingresse no pensamento europeu com o cartesianismo, remontaria à filosofia clássica grega.⁶⁷¹

Hayek distingue os fenômenos artificiais – assim compreendidos aqueles decorrentes da vontade e ação humanas – dos fenômenos naturais – assim compreendidos aqueles independentes da vontade humana – e, ainda, dos *eventos decorrentes da ação humana mas alheios à sua vontade* em função de conhecimento incompleto ou fragmentário⁶⁷², buscando superar a dicotomia simplista entre fenômenos artificiais e naturais com a inclusão da terceira categoria.

Na ótica de Hayek, a existência de conhecimento fragmentário tem a implicação de que a razão humana não seria tão poderosa como se imaginava a partir de Descartes, fundada em última análise na ideia aristotélica de superioridade da razão sobre os sentidos.⁶⁷³

A consequência para Hayek é que a razão constituiria uma ferramenta necessária mas não suficiente para a análise da realidade, pelo que os sentidos e a percepção baseada em mecanismos do tipo tentativa e erro ganhariam relevância.⁶⁷⁴

Para Hayek seria exatamente a crença na razão como único instrumento da verdade que constituiria o fundamento da concepção de planejamento econômico como instrumento apto a permitir a consecução de metas e objetivos sociais.⁶⁷⁵

A concepção cartesiana sobre a completude do conhecimento constituiria a base da concepção do racionalismo construtivista ao qual se opõe o professor

⁶⁷¹ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁷² RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁷³ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Assim, Hayek rejeita aspectos fundamentais do pensamento aristotélico, como a distinção entre *physis*, *thesis* e *nomos*. Como observa Francisco Ribeiro, “Hayek apontou que a dicotomia entre *physis* e *thesis/nomôs* é errônea, posto que existem eventos que são frutos da ação, mas não da vontade humana: portanto, não se encaixam nem como eventos naturais – involuntários – nem como planejados – voluntários; em outras palavras, não pertencem nem ao *physis*, nem ao *nomos-thesis*. RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 56-57.

⁶⁷⁴ RIBEIRO, F. C. *op. cit.* p. 48.

⁶⁷⁵ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Como observa o autor, “Hayek, ao afirmar que a concorrência é processo de descoberta, implicitamente afirma que o homem não é capaz de deter o conhecimento por completo; portanto, o racionalismo, ou seja, a razão, não basta como forma de pensar, ou como ferramenta capaz de planejar o futuro – a razão não é instrumento suficiente.” RIBEIRO, F. C. *id.* p. 49.

austríaco e segundo o qual as construções sociais seriam resultados devidos exclusivamente à razão.⁶⁷⁶

A certeza do conhecimento seria o objetivo de Descartes, a razão e a lógica, seriam os instrumentos adequados à consecução de tal objetivo, desconsiderando a possibilidade de existirem estruturas desconhecidas e o impacto disso sobre a certeza acerca do mundo.⁶⁷⁷ Como observa Francisco Carlos Ribeiro,

Hayek não concorda com essas verdades totalizantes e combate a ideia de que o raciocínio tudo pode; dá valor ao acaso, acreditando que existem estruturas que são frutos da ação, mas não da vontade humana: essa é a afirmação hayekiana que equivale a dizer que o raciocínio não conhece todos os elementos intrínsecos, ou todas as possibilidades de seus resultados – ora, se apenas é conhecida parte de alguma coisa, tal conhecimento é limitado e proporcional, produzindo, sempre, resultados *prováveis*, não *certezas*.⁶⁷⁸ (destaques no original)

O conhecimento totalizante e autossuficiente é, portanto, refutado por Hayek, que sustenta a impossibilidade de compreensão de todos os fenômenos em função de sua complexidade, sendo o mundo em princípio desconhecido e significando o aumento de informação, por vezes, a perda da certeza e a revisão de conceitos anteriores.⁶⁷⁹

Na concepção epistemológica ou gnoseológica esposada por Hayek, o conhecimento teórico sobre as causas dos fenômenos será sempre incompleto. Consequentemente, seu uso não exclui a possibilidade de que se verifiquem situações inesperadas posto ser impossível conhecer todas as variáveis influentes sobre os fenômenos e todos os seus desdobramentos.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 61-62.

⁶⁷⁷ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 62.

⁶⁷⁸ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 63.

⁶⁷⁹ RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 63-64. Como observa este autor, “a questão não se prende, portanto, à discussão da dualidade entre essencialismo e instrumentalismo, mas, sim, na lógica conceitual de que, qualquer que seja o procedimento, as posturas de pensamento não podem ser vistas como totalizantes e auto-suficientes (sic).” RIBEIRO, F. C. *id.*, p. 64.

⁶⁸⁰ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 64. Interessante observar que para Hayek a dedução não é capaz de criar informação nova, cuja existência pressupõe a possibilidade de ajuste às proposições já conhecidas ou propostas e aos fenômenos observados. Assim, o austríaco sustenta a superioridade do método indutivo relativamente ao dedutivo, embora seja cauteloso com relação às potencialidades do primeiro também. Como observa Francisco Ribeiro, “uma lei, um princípio científico, para ele, não é lei geral e absoluta, mas explicação geral para o modelo onde tais

No que concerne aos fenômenos sociais, a noção de incompletude das conclusões obtidas a partir da racionalidade tem como consequência, para Hayek, a afirmação da liberdade de escolha e de ação, fruto de um processo de ajustamento do agente ao meio.⁶⁸¹

A liberdade de escolha e de ação possibilitaria ao agente, nessa ótica, a busca da satisfação de suas expectativas e desejos, sendo distintos os planos com tal escopo do resultado das ações concretas nele previstas.⁶⁸² É nesse contexto que se afirma que

Hayek entende que, sendo impossível conhecer todos os resultados, acontecerá certa ordem espontânea, em função de desenvolvimento e resultados não previstos, mas que decorrem das ações; em outras palavras: *pari passu* é reconhecido que o mapa não é o território; ao justá-lo, vê-se que a projeção obtida também não é total: assim, ao reajustar atitudes, tornam-se possíveis novos reajustamentos, num processo contínuo e dinâmico.⁶⁸³

Assim, no âmbito do mercado há aspirações de lucro e êxito, um conjunto de planos a serem executados com vistas a tal objetivo e, em não correspondendo às expectativas qualquer deles, quando de sua execução, verificar-se-ia seu reajuste. No bojo de tais teorizações o *feedback* positivo implica informação redundante, já possuída, e apenas o *feedback* negativo representaria ganhos de informação.⁶⁸⁴

O sistema concorrencial pode ser concebido na ótica hayekiana, portanto, como um processo de criação de informação, no qual os eventos inesperados

variáveis estão presentes, nas situações observadas.” RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 64-65. Tais cautelas parecem equivaler, com as devidas adaptações, à cláusula *ceteris paribus*.

⁶⁸¹ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 67.

⁶⁸² RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁸³ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁸⁴ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Note-se que o acréscimo de informação dá-se apenas com o *feedback* negativo: “Ora, este princípio nada mais é do que a criação de informação no processo concorrencial. Por exemplo: esperando-se auferir, numa atividade, um lucro de dez por cento, utiliza-se o material x e a estratégia y para atingí-lo; se atingido, significa que a estratégia y funcionou e que a utilização do material x foi correta; entretanto, tal fato em nada acrescentará enquanto informação sobre o mercado, a não ser a confirmação do esperado, o que nada mais é do que um *feedback* positivo – informação redundante, antecipadamente possuída, que se confirmou.” RIBEIRO, F. C. *id.*, p. 68.

informam sobre incorreções nas expectativas, correspondendo o ganho de informação à perda de certezas absolutas.⁶⁸⁵

Nada obstante, deve-se reconhecer que o sistema concorrencial só pode informar se o conhecimento que se têm da realidade for incompleto e limitado, caso contrário nem a concorrência ou qualquer outro sistema organizacional ou de ordem revelar-se-á apto a informar, pois a informação já estará completa em sua gênese. Este aspecto é fundamental no pensamento de Hayek, constituindo a base filosófica em que Hayek se apoia para contestar o racionalismo, o positivismo e o socialismo.⁶⁸⁶

A crítica de Hayek em face ao socialismo, portanto, não consistirá em uma recusa aberta às ideias de igualdade entre os homens ou de justiça econômica ou social, em princípio. Antes, buscará seu fundamento nas concepções de impossibilidade de previsão pelo homem de todas as consequências das ações humanas e da incapacidade de lidar com desenvolvimentos imprevistos pela limitação da liberdade individual.⁶⁸⁷

É, portanto, em tal base filosófica que se fará a crítica ao racional-socialismo e a defesa do liberalismo e da ordem espontânea em face da ordem criada. Ordem, para Hayek, consiste em uma condição na qual múltiplos elementos de variados tipos encontram-se relacionados entre si de tal maneira que, a partir de um contato com uma parte espacial ou temporal do todo seja possível aprender a elaborar expectativas corretas ou que tenham a probabilidade de sê-lo relativamente ao restante do conjunto. Necessário ressaltar, por essencial, a falibilidade intrínseca aos prognósticos, pelo que estes são sempre compreendidos como probabilísticos.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁸⁶ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁸⁷ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 69. Embora a formulação seja feita de maneira relativamente inovadora, seu conteúdo é antigo no pensamento econômico remontando, pelo menos, a Adam Smith, quando asseverava que nenhum homem ou órgão seria capaz de dirigir a Economia. HUNT, E. K., *op. cit.* p. 57.

⁶⁸⁸ RIBEIRO, F. C. *op. cit.* p. 69. Como explicita este autor, “ordem é uma estrutura de inter-relações, das quais é possível depreender comportamentos de tal maneira que, observada concretamente por amostragem, pode-se deduzir o comportamento geral; entretanto, frente à falibilidade das previsões, só é possível prever *probabilisticamente* e, após verificar ocorrências e não ocorrências, proceder-se aos ajustes necessários. RIBEIRO, F. C. *ibid.*

Fundamental é a distinção de Hayek entre ordem espontânea e ordem feita ou artificial, que se explorará com maior profundidade adiante. A segunda consistiria em uma ordenação ou construção artificial, exógena, uma organização, segundo o austríaco, ao passo que a ordem espontânea, autogeradora ou endógena, originar-se-ia da evolução.⁶⁸⁹

Hayek emprega as expressões *kosmos* e *taxis* para referir-se respectivamente à ordem espontânea e à ordem feita. *Kosmos* ou ordem espontânea, como ordem que é, permite um certo grau de previsibilidade dos resultados, havendo sempre a possibilidade de *feedback* negativo e reação em face dele em virtude da complexidade extrema da sociedade.⁶⁹⁰

A ordem feita, organizacional ou artificial, originar-se-ia das normas ou regulamentos explícitos criados pelo homem, segundo o austríaco, e teria por objetivo assegurar um mínimo de previsibilidade e, com isso, tornar possível a cooperação social.⁶⁹¹

As expectativas dos indivíduos sob tal ordem poderiam ser frustradas relativamente a determinadas coisas, mas não com relação a princípios fundamentais, de modo que as reações individuais em face aos estímulos ambientais somente precisariam ser semelhantes em determinados aspectos abstratos.⁶⁹²

Assim, Hayek defende um Direito que seja capaz de garantir a ordem mas que, ao mesmo tempo, preserve uma esfera de liberdade de escolha para o indivíduo. Caso o Estado pretenda regular toda a atividade social, estará cerceando a liberdade e, portanto, a possibilidade dos indivíduos criarem uma ordem espontânea, nascida da informação e decorrente daquela atividade livre.⁶⁹³

Segundo o autor austríaco a complexidade da sociedade moderna decorreria não da organização intencional, antes constituiria uma ordem espontânea. Para Hayek a substituição da ordem espontânea pela ordem feita não seria possível sem

⁶⁸⁹ RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 69-70.

⁶⁹⁰ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 70.

⁶⁹¹ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 71.

⁶⁹² RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁹³ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

a perda da capacidade de utilizar ao máximo o conhecimento disperso de todos os seus membros.⁶⁹⁴ Segundo Hayek

Este é o cerne da argumentação contrária à ‘interferência’ ou ‘intervenção’ na ordem do mercado. Essas determinações isoladas que exigem ações específicas dos membros da ordem espontânea jamais poderão aperfeiçoar essa ordem – levando, ao contrário, necessariamente, ao seu rompimento – porque são endereçadas a uma parte de um sistema de ações interdependentes determinadas por *informação* e guiadas por propósitos só conhecidos pelo *vários indivíduos em ação*, mas *não pela autoridade dirigente*.⁶⁹⁵ (destaques do original)

Na visão do autor, portanto, o eventual empenho em retificar normas gerais de uma ordem espontânea e os esforços em suplementar seus resultados através de organização revelar-se-iam incapazes de aperfeiçoar seus resultados. Da privação dos indivíduos que fazem parte de uma ordem espontânea de sua possibilidade de usar seu conhecimento em função de seus propósitos não resultaria nenhum aperfeiçoamento.⁶⁹⁶

Nesta ótica, a ordem feita ou organização deveria limitar-se a prever comportamentos mínimos capazes de garantir a ordem de maneira satisfatória, não sendo apta a criar informação nova no sistema.⁶⁹⁷

O processo de obtenção de informação é concebido como algo dinâmico e que reclamaria constante aferição pelo indivíduo, o que exigiria, por sua vez, liberdade de ação. Caso tal liberdade seja tolhida por qualquer autoridade reguladora, restaria dificultada, na visão hayekiana, a obtenção de informação.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁹⁵ HAYEK, F. A. *apud* RIBEIRO, F. C. *op. cit.* pp. 71-72.

⁶⁹⁶ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 72.

⁶⁹⁷ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Como observa este autor, “é o indivíduo, na sua ação, que criará esta informação, ao verificar que, estando suas expectativas frustradas, descobrirá novas implicações pertinentes que lhe farão propenso à mudança de comportamento.” RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁶⁹⁸ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Consigna este autor, ainda, o seguinte: “Por fim ressalte-se que, na defesa dessa ordem, Hayek também defende uma política *antritruste* e *antimonopolista*, que os defensores do discurso neoliberal corrente esqueceram-se de frisar e que seus opositores primam por esquecer.” *Ibid.* Mais adiante aduz ainda: “A defesa da ordem espontânea por Hayek diz respeito à liberdade de escolha – por conseguinte, liberdade de ação – criando no meio social, informação e ajustamentos a ela; assim como o governo regulatório impede a dinâmica veloz, o sistema monopolista e oligopolista a prejudica, já que as liberdades de escolha também são relativamente tolhidas por estratégias monopolistas.” RIBEIRO, F. C. *id.* pp. 72-73.

É sob a lógica da informação e do *feedback* negativo que Hayek interpreta o sistema de preços estabelecido a partir da interação dos agentes econômicos em mercados livres.⁶⁹⁹

A correspondência das ações às expectativas acarretaria a manutenção da ordem no sistema, sua frustração induziria ao reajustamento do comportamento dos agentes, em função da informação nova.⁷⁰⁰

Com base nessa visão o austríaco defende a proteção da liberdade de escolha e o combate a qualquer elemento que implique cerceamento a ela, pois este empobreceria o sistema de preços em termos de informação.⁷⁰¹

O sistema de preços é, portanto, concebido na ótica hayekiana como o elemento de aferição das variadas informações dispersas entre os agentes econômicos, como uma interface unificadora da comunicação no mercado.⁷⁰²

Retomando um pensamento que remonta – em sua versão mais célebre – à Escola Clássica e ao pensamento smithiano, pelo menos, Hayek afirma que é a concorrência como sistema de descoberta e o sistema de preços que dela resulta que permitiria a geração de riqueza a partir do mercado, bem como a satisfação de necessidades alheias ignoradas pelo agente econômico a partir de informações indiretas, extraídas dos preços.⁷⁰³

⁶⁹⁹ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 73.

⁷⁰⁰ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁷⁰¹ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 74: “Decorre que do evento inesperado, ou ordem não calculada e desconhecida, descoberta *a posteriori*, equivale à criação de informação, para o que o agente econômico precisa conferir se seu mapa – rol de expectativas sobre preços e insumos e preços finais esperados, por exemplo – corresponde a seu território – mercado onde atua ou permite a prática de tais preços; ao perceber que o mapa não é o território, estará criada a informação para outros agentes em nichos correlacionados de mercado: enfim, o sistema estará melhor informado. Como a ferramenta para tanto é o sistema de preços, a liberdade de escolha deve ser preservada, combatendo-se qualquer elemento que a cerceie.”

⁷⁰² RIBEIRO, F. C. *id.* p. 75.

⁷⁰³ RIBEIRO, F. C. *ibid.* Assim, expõe este autor a seguinte visão hayekiana: “Portanto, para satisfazer às aspirações de uma clientela, não é preciso necessariamente conhecer-se as preferências culturais de cada um de seus indivíduos, suas vulnerabilidades, valores mais profundos, crenças religiosas – ainda que isso fosse desejável e possível – ou qualquer outra informação de característica similar; precisa-se, sim, sem dúvida alguma, interpretar os sinais que o mercado de fatores e produtos disponibiliza e disponibilizará, interpretação esta que será muito mais objetiva e pragmática pela análise dos preços, do tempo de realização do capital e de seus retornos: se a variação de preços ou o prazo de realização não se mostrarem fatores de motivação, pelo menos sinalizará que algo está errado, e que alguma informação não condiz com a realidade.” RIBEIRO, F. C. *ibid.*

O sistema oposto ao de livre mercado defendido por Hayek seria o sistema planejado, no qual medidas normativas ou sistêmicas regulariam a oferta e a produção. Tal sistema estaria baseado na concepção de superioridade das metas sobre o acaso e da possibilidade de uma administração científica, pressupondo a existência de conhecimentos suficientemente estruturados e resultados suficientemente previsíveis.⁷⁰⁴

Nessa visão, o acaso é visto como secundário, e o sistema de preços pouco informaria, em virtude da pouca liberdade de ação de que gozam os agentes econômicos.⁷⁰⁵

Em um sistema econômico planejado o sistema de preços perderia quantitativa e qualitativamente sua função de informar aos agentes econômicos os ajustes necessários de sua conduta. Partindo-se da premissa hayekiana de que seria impossível observar todas as variáveis dos fenômenos e todos os seus desenvolvimentos, bem como toda a ordem deles decorrente, compreende-se sua objeção à planificação da Economia.⁷⁰⁶

Assim, planificação, na ótica hayekiana, implicaria restrição ao bom desempenho e à criação de uma ordem complexa e muito mais aprimorada, oriunda das ações individuais.⁷⁰⁷

Importante consignar as implicações das concepções hayekianas para a concepção do papel do Estado e do Direito no particular. Como visto, mesmo para o funcionamento da ordem espontânea o autor admite a necessidade de um corpo mínimo de normas jurídicas.⁷⁰⁸

Estas normas, no entanto, deveriam estabelecer, apenas na medida do necessário, o que é proibido fazer, nunca aquilo que se deve fazer, ostentando,

⁷⁰⁴ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 76.

⁷⁰⁵ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁷⁰⁶ RIBEIRO, F. C. *ibid.* De acordo com Ribeiro, “para Hayek (...), não é possível a um grupo ou a uma só pessoa possuir o conhecimento sobre fatos relevantes de hora e local pertinentes à produção, com o que a possibilidade de ajuste às melhores condições fica cerceada.” RIBEIRO, F. C. *id.* p. 77.

⁷⁰⁷ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁷⁰⁸ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

portanto, caráter essencialmente negativo na ótica do autor⁷⁰⁹, como se verá em pormenor adiante.

Para Hayek o liberalismo teria algumas virtudes, entre as quais, possibilitar a convivência harmônica de grupos e indivíduos com objetivos diferentes, bem como garantir mudanças aleatórias ou imprevistas que, de outro modo, estariam impossibilitadas.⁷¹⁰

São tais aspectos centrais no pensamento de Hayek acerca do papel legítimo do Estado e do Direito sobre a ordem econômica e social que serão analisados com maior detalhe no presente estudo.

Portanto, após esta breve visão panorâmica sobre o pensamento hayekiano a partir de seus fundamentos gnoseológicos, analisar-se-ão alguns pontos essenciais do pensamento de Hayek vinculados a tais questões, especialmente a partir de suas obras *O Caminho para a Servidão*, de 1944 e *Direito, Legislação e Liberdade* (1973-1976-1979), especialmente o tomo I.⁷¹¹

2.1.1 A defesa da liberdade

A exposição de aspectos centrais do pensamento hayekiano aqui será feita a partir de sua defesa da liberdade, começando pela obra *O Caminho da Servidão*, de 1944.

Nessa obra, Hayek lança um ataque às tendências socializantes e às formas de coletivismo que entende inconciliáveis com a liberdade.⁷¹² De acordo com Hayek tais tendências conduziriam a riscos crescentes e de difícil ou impossível reversão.

⁷⁰⁹ RIBEIRO, F. C. *ibid.*

⁷¹⁰ RIBEIRO, F. C. *id.* p. 78.

⁷¹¹ Gilmar Antonio Bedin considera que as obras mais relevantes para a análise do pensamento hayekiano sobre as concepções desse autor acerca do Direito e da justiça *O Caminho da Servidão*, *Os Fundamentos (ou a Constituição) da Liberdade e Direito, Legislação e Liberdade*, observando que a última deve ocupar posição de privilégio na análise, por ser a mais recente, orientação que é seguida no presente trabalho. BEDIN, G. A. **Direitos do Homem e o neoliberalismo**, os. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002, pp. 155-156.

⁷¹² HAYEK, F. **Caminho para a servidão**, o. Trad. Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 26.

O economista austríaco vislumbra um desprezo pelo liberalismo do século XVIII e um realismo ou fatalismo em face de tendências tidas como inevitáveis.⁷¹³

Para August Friedrich Von Hayek, as orientações socialistas em geral trariam consigo necessariamente um risco à liberdade e uma possibilidade de ocorrência de resultados como os verificados após o advento do totalitarismo na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas ou na Alemanha nacional-socialista.⁷¹⁴

Segundo o autor, tais tendências teriam sido a causa do advento dos totalitarismos, e seria exatamente pelo fato de estarem imbuídos das mesmas concepções socializantes que muitos seriam incapazes de compreender, em correta perspectiva, fatos históricos como os ocorridos na Alemanha e na União Soviética e suas reais causas.⁷¹⁵

A parca disposição em admitir os erros e em admitir a possibilidade de que as ideias dominantes pudessem estar erradas constituiria, na ótica hayekiana, um entrave à correta compreensão do fenômeno, assim como a incapacidade em compreender que a busca de alguns ideais poderia ensejar resultados completamente diversos dos esperados.⁷¹⁶

Hayek critica intensamente a difusão conhecida pelas ideias socialistas na Inglaterra, lamentando o abandono do *laissez-faire* oitocentista⁷¹⁷ e o esquecimento das lições de Lord Acton (1834-1902) e de Alexis de Tocqueville (1805-1859) no sentido de que socialismo significa escravidão, esquecimento este que, segundo ele, teria levado ao afastamento das ideias fundamentais da civilização europeia e conduzido ao horror totalitário.⁷¹⁸

Para o autor a ruptura revelada pelas tendências socializantes seria ainda mais profunda, significando o abandono não apenas o liberalismo setecentista e

⁷¹³ HAYEK, F. A. **Caminho** cit. p. 27.

⁷¹⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 28.

⁷¹⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 32.

⁷¹⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 36.

⁷¹⁷ HAYEK, F. A. *ibid.* Nas palavras do autor “o ponto crucial, para o qual as pessoas neste país estão tão pouco consciencializadas, não é, contudo, apenas a magnitude das mudanças que ocorreram no lapso da última geração, mas o facto de elas significarem uma mudança completa na direcção da evolução das nossas ideias e ordem social.” HAYEK, F. A. *id.* p. 38.

⁷¹⁸ HAYEK, F. A. *ibid.*

oitocentista, mas do próprio individualismo herdado de Erasmo, Montaigne, Cícero, Tácito, Péricles e Tucídides.⁷¹⁹

O individualismo, para Hayek, remeteria à noção de respeito ao homem individual enquanto tal, com o reconhecimento de suas próprias concepções e gostos, possuindo, portanto, conexão íntima com a noção de liberdade e com a transformação de um sistema hierárquico e rigidamente organizado em outro, no qual as pessoas possuem liberdade para tentar moldar sua própria vida através de suas escolhas.⁷²⁰

Por outro lado, afirma o economista da Escola Austríaca que tais noções estariam intimamente relacionadas com o desenvolvimento da liberdade de comércio, sendo que onde quer que houvesse tal liberdade, ali teriam as concepções liberais criado profundas raízes.⁷²¹

Sustenta Hayek que o advento da liberdade política fora uma consequência não planejada da liberdade econômica, e que a concepção segundo a qual esforços individuais espontâneos e independentes de controle seriam aptos a produzir uma ordem complexa de atividades econômicas surgira a partir da ocorrência de alguns progressos neste sentido.⁷²²

De acordo com o autor onde quer que os entraves à liberdade individual tenham sido removidos verificou-se um resultado que superou todas as expectativas, traduzindo-se especialmente na capacidade humana em satisfazer um leque cada vez mais amplo de desejos, praticamente inexistindo classe que não tivesse sido beneficiada por tais desenvolvimentos.⁷²³

⁷¹⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 39: “O dirigente nazi que descreveu a revolução nacional-socialista como sendo um contra-Renascimento disse algo mais verdadeiro do que julgaria. Foi um passo decisivo na destruição da civilização que o homem moderno erigira na era do Renascimento, e que era, essencialmente, uma civilização individualista. O individualismo hoje tem uma má conotação e o termo passou a ser associado ao egoísmo e ao egotismo. Mas o individualismo de que falamos, por contraponto ao socialismo e a todas as demais formas de coletivismo, não tem qualquer condição necessária com aqueles.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷²⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. 39-40.

⁷²¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 40. O autor exemplifica com as cidades do norte da Itália, países baixos e Grã-Bretanha. “Durante todo este período moderno da história da Europa, a orientação genérica do desenvolvimento social tendia para a libertação do indivíduo dos laços que o ligavam aos costumes convencionais e instituídos na execução das suas actividades habituais.” HAYEK, F. A. *id.* p. 41.

⁷²² HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷²³ HAYEK, F. A. *id.* p. 42.

No entanto, segundo Hayek, além da defesa exacerbada do *laissez-faire*, o caráter inexoravelmente lento da política que visava uma melhoria gradual na estrutura institucional de uma sociedade livre teria constituído outra causa de enfraquecimento do liberalismo.⁷²⁴

O autor busca demonstrar, inclusive, que o sucesso do liberalismo fora uma das causas de seu declínio, pois teria engendrado um nível crescente de exigências e uma intolerância para com os males do liberalismo.⁷²⁵

Para Hayek tais fatores teriam acarretado um progressivo abandono dos princípios fundamentais do liberalismo e uma radical mudança de perspectiva, traduzindo-se no total abandono da tradição individualista.⁷²⁶

Hayek sustenta que o desalojamento do liberalismo fora promovido pela aceitação generalizada do socialismo e pela associação deste com a ideia de liberdade, a despeito de suas raízes francamente autoritárias.⁷²⁷

O austríaco examina as transformações da concepção da liberdade, indo da liberdade de coerção para liberdade da necessidade e da compulsão das circunstâncias, a seu ver nada mais do que outro nome para poder ou riqueza.⁷²⁸

Hayek defende que tal visão de liberdade viera associada a promessas irresponsáveis no sentido de um grande aumento da riqueza material em uma sociedade socialista.⁷²⁹

O autor sustenta que os socialistas teriam escamoteado a velha busca da distribuição equânime da riqueza sob a nova expressão de liberdade, abusando de tal expressão e ocultando sua inconciliabilidade com o sentido político da expressão, reputando o socialismo como conducente ao que denomina caminho da servidão.⁷³⁰

⁷²⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 44.

⁷²⁵ HAYEK, F. A. *id.* pp. 44-45.

⁷²⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 46-47: “Segundo as concepções agora dominantes, não se trata de por quanto mais tempo poderemos fazer o melhor uso das forças espontâneas que existem numa sociedade livre. Com efeito, abandonámos as forças que produziam resultados imprevistos e substituímos o mecanismo impessoal e anónimo do mercado pela direcção colectiva e ‘conscienciosa’ de todas as forças sociais face a objectivos propositadamente escolhidos.”

⁷²⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 49.

⁷²⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 51.

⁷²⁹ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷³⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 52: “Não há dúvida de que a promessa de mais liberdade foi responsável por atrair mais e mais liberais para o caminho socialista, por cegá-los para o conflito existente entre os

Hayek afirma que as consequências imprevistas do socialismo teriam revelado sua proximidade com o fascismo e com o comunismo, afirmando que ele necessariamente desembocaria em tendências autoritárias ou totalitárias como o stalinismo.⁷³¹ Para Hayek, portanto, o socialismo democrático constituiria uma utopia, inatingível por constituir uma verdadeira contradição em termos.⁷³²

O austríaco rejeita, ainda, uma acepção demasiado ampla de planificação – tentativa de resolução racional de problemas comuns⁷³³ – reservando a expressão para exprimir as tendências no sentido do estabelecimento de uma direção central de toda a atividade econômica em conformidade com um único plano que estabeleceria a forma como os recursos da sociedade deveriam ser conscientemente direcionados para atender a certos fins de um modo específico.⁷³⁴

Assim, a disputa entre os planejadores e seus opositores é, segundo Hayek, uma disputa não sobre a questão de se dever escolher entre diferentes organizações possíveis da sociedade, mas sobre qual a melhor forma de fazê-lo.⁷³⁵

princípios fundamentais do socialismo e o liberalismo, e, muitas vezes, por ter permitido aos socialistas usurparem o próprio nome do antigo partido da liberdade.” *Ibid.*

⁷³¹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 52-53.

⁷³² HAYEK, F. A. *id.* p. 57. Hayek distingue as tendências socialistas no que diz respeito a seus fins – ideais de justiça social, igualdade e segurança – e no que diz respeito a seus meios, ressaltando que a discussão entre os socialistas dá-se especificamente neste último domínio. HAYEK, F. A. *id.* pp. 59-60. Assim distinguir-se-iam tendências mais propriamente denominadas “social-democratas” e tendências revolucionárias. Considerando as possíveis diferenças de finalidades que a planificação pode ter, o austríaco pondera que talvez fosse mais apropriado utilizar a expressão coletivismo para exprimir os métodos que podem ser utilizados para variadas finalidades. HAYEK, F. A. *id.* pp. 60-61. Embora Hayek distinga, portanto, coletivismo de socialismo, afirma que sendo o último uma espécie do primeiro, “tudo que é verdadeiro para o coletivismo propriamente dito dever-se-á aplicar ao socialismo”. Afirma, ainda, que este constitui a expressão mais importante daquele. HAYEK, F. A. *id.* p. 61. Coletivismo significa, portanto, para Hayek, toda forma de Economia planificada, qualquer que seja a finalidade da planificação. HAYEK, F. A. *id.* p. 62.

⁷³³ Como se verá adiante, Hayek combate o que denomina planejamento contra a concorrência, e não o planejamento da concorrência. HAYEK, F. A. *id.* p. 70.

⁷³⁴ HAYEK, F. A. *id.* pp. 62-63.

⁷³⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 63. Sendo mais claro o autor: “A questão é saber se para esse fim é melhor que o detedor do poder coercitivo se restrinja, em geral, a criar condições pelas quais se dá maior latitude ao conhecimento e iniciativa aos indivíduos, para que *eles* possam planificar com mais êxito; ou se a utilização racional dos nossos recursos requer a organização e direção *central* de todas as nossas atividades conforme um “esquema” conscientemente elaborado.” Conclui o autor que os socialistas assumiram o termo no segundo sentido, considerando-o como única forma racional de tratamento das questões coletivas, o que não teriam comprovado. HAYEK, F. A., *ibid.*

Por outro lado, Hayek sustenta ser necessário distinguir a oposição ao planejamento de uma atitude de dogmatismo liberal:

O argumento liberal defende que se faça o melhor uso possível das forças da concorrência como forma de coordenar os esforços humanos, e não como argumento para se deixar tudo como está. Baseia-se na convicção de que, nos casos em que se pode verdadeira concorrência (sic), esta será a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Não nega, antes enfatiza, que, para a concorrência funcionar de modo benéfico, terá de haver um quadro jurídico muito bem pensado, e que nem as disposições legais actuais nem as passadas estão isentas de graves defeitos. Também não nega que, quando for impossível criar as condições necessárias para que haja verdadeira concorrência, teremos de recorrer a outros métodos de orientar a actividade económica.⁷³⁶

Ressalva que se trataria de uma visão segundo a qual a superioridade da livre concorrência decorreria de sua reconhecida eficácia na organização da vida económica, mas também porque seria a única forma livre da intervenção coercitiva ou arbitrária da autoridade.⁷³⁷

Aduz, ainda, que “nem tão-pouco a manutenção da concorrência é incompatível com um amplo sistema de serviços sociais – desde que a manutenção de tais serviços não esteja planeada de modo a fazer com que a concorrência seja ineficaz noutros campos.”⁷³⁸

Hayek reconhece a existência de campos nos quais a concorrência não seria capaz de resolver adequadamente os problemas que se colocam. Seriam exemplos o dano causado por outrem a determinados usos da propriedade, efeitos prejudiciais do desmatamento, poluição oriunda de fábricas, entre outros.⁷³⁹

⁷³⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 63-64. E, mais adiante: “O funcionamento da concorrência não só requer a organização adequada de algumas instituições, como a moeda, os mercados e os canais de informação – alguns dos quais nunca poderão ser adequadamente fornecidos pelo sector privado – mas depende, essencialmente, da existência de um sistema jurídico apropriado, um sistema jurídico concebido para preservar a concorrência e para zelar para que esta funcione de forma tão benéfica quanto possível. Não é de todo suficiente que o Direito reconheça o princípio da propriedade privada e a liberdade de contrato; muito depende da definição precisa do Direito à propriedade na sua aplicação a diversas coisas. Há muito que o estudo sistemático das formas das instituições jurídicas que farão com que o sistema de concorrência funcione eficientemente tem sido negligenciado.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 65-66.

⁷³⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 64.

⁷³⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 65.

⁷³⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 66. Tratam-se, evidentemente, de externalidades negativas.

Em todos estes campos, segundo o autor, verificar-se-ia uma divergência entre os componentes do cálculo do bem-estar privado e do bem-estar social, e sempre que tal divergência for suficientemente relevante far-se-ia necessário um meio alternativo à concorrência e ao mecanismo de preço, normalmente a regulação direta da autoridade.⁷⁴⁰

Assim, a centralização é vista como movimento contrário à concorrência, princípio a ela oposto e com ela irreconciliável, restabelecimento de privilégios superados pelo liberalismo, desembocando no centralismo governamental ou no corporativismo.⁷⁴¹

Segundo o autor, os monopólios por indústria implicarão, ao final, o controle estatal dos monopólios, o que conduz à ideia de completa centralização da atividade econômica, apesar da crença mais ou menos difundida acerca da possibilidade de conciliação entre concorrência e centralização.⁷⁴²

Para Hayek, toda tendência coletivista seria totalitária na medida em que concebe como irreconciliáveis com o reconhecimento de esferas autônomas nas quais os fins individuais seriam supremos.⁷⁴³

Sustenta, ainda, que o estabelecimento de um objetivo social único a ser atingido pela planificação pressuporia a possibilidade de elaboração de um código ético completo, uma única ordem de valores, que inexistente na realidade.⁷⁴⁴

Para Hayek a ação comum não constituiria nada mais do que casos em que os fins individuais coincidiriam, e para cuja consecução os indivíduos estariam

⁷⁴⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. 66-67. O que não autoriza concluir, por outro lado, que seja necessário suprimir a concorrência nos casos em que ela pode operar.

⁷⁴¹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 68-69. Segundo Hayek, a progressiva monopolização de mercados colocaria o consumidor à mercê da ação monopolista. HAYEK, F. A. *id.* p. 69.

⁷⁴² HAYEK, F. A. *id.* pp. 69-70. O argumento de Hayek é, sinteticamente, de que embora seja possível cogitar alguma combinação entre concorrência e regulação, tal combinação não pode ser feita livremente sem comprometer a eficiência. Sustenta, em síntese, que tal combinação é possível no sentido do planejamento da concorrência, nunca do planejamento contra a concorrência, assim entendido aquele que visa substituir a concorrência. HAYEK, F. A. *id.* p. 70.

⁷⁴³ HAYEK, F. A. *id.* p. 86.

⁷⁴⁴ HAYEK, F. A. *ibid.* Hayek chama a atenção para a equivocidade de noções como as de “propósito comum”, “bem comum”, “bem-estar geral” ou “interesse geral”. HAYEK, F. A. *ibid.* A concepção de impossibilidade de tal pauta ética única baseia-se na impossibilidade de se conhecer as necessidades de todos os homens, que Hayek vislumbra como fundamento do individualismo. HAYEK, F. A. *id.* p. 88.

dispostos a contribuir, reputando ser impossível alargar indefinidamente a esfera de ação coletiva ou estatal sem suprimir a liberdade individual.⁷⁴⁵

Hayek argumenta que o consenso sobre a necessidade de planificação não seria acompanhado necessariamente por um consenso sobre os fins a serem atingidos por ela, e que a discordância final do povo ou de sua maioria com a planificação estabelecida pelos representantes eleitos em uma democracia poderia conduzir comumente à proposta de transferência do poder decisório a especialistas, sejam eles parte da burocracia, sejam organismos autônomos.⁷⁴⁶

A partir de tal conclusão, o autor vislumbra o início de uma oposição entre planificação e democracia. Na ótica hayekiana a inadequação do parlamento para gerir detalhadamente a Economia nacional deve-se menos à capacidade dos representantes do que às contradições inerentes à tarefa.⁷⁴⁷⁻⁷⁴⁸

De qualquer modo, as dificuldades que evidencia na consecução de tal tarefa pelo legislador implicarão, em sua ótica, exigências crescentes de atribuição de poderes ao governo ou a outros órgãos, libertando-os das amarras impostas pelos procedimentos democráticos.⁷⁴⁹ O processo conduziria, em sua visão, à exigência de um “ditador econômico”.⁷⁵⁰

Para Hayek o controle do parlamento seria aparente, dada a natureza já evidenciada da matéria que seria seu objeto, de modo que, realmente, seria incapaz de dirigir e tenderia a uma ditadura plebiscitária com confirmação periódica do chefe

⁷⁴⁵ HAYEK, F. A. *id.* pp. 89-90.

⁷⁴⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 90-92.

⁷⁴⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 93. Entre outras dificuldades, ressalte-se a seguinte: “Também não se consegue um plano coerente dividindo-o em partes e votando determinados assuntos. Uma assembleia democrática a votar e a corrigir um plano económico abrangente cláusula a cláusula, tal como o faz com um projecto-lei, não faz sentido. Um plano económico digno deste nome tem de ter uma concepção unitária.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 93-94.

⁷⁴⁸ A esta altura Hayek faz uma analogia entre o planificador e um general, ressaltando que enquanto este tem uma finalidade inequívoca diante de si, aquele não a tem, e que sua atividade implicará escolhas entre fins concorrentes ou opostos, e que o sacrifício de uns em nome de outros resultará da imposição da escala de preferências dos especialistas planificadores à comunidade. HAYEK, F. A. *id.* p. 95.

⁷⁴⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 97.

⁷⁵⁰ HAYEK, F. A. *ibid.* Segundo Hayek, a contradição entre planificação e democracia teria sido objeto de uma justificativa retórica dos socialistas, através do argumento de que desde que a democracia mantenha o controle, em última análise, seus fundamentos não restarão comprometidos. HAYEK, F. A. *id.* p. 98.

de governo, mas a cuja disposição estarão todos os poderes para garantir que a eleição dirija-se no sentido que desejar.⁷⁵¹ O autor afirma que

é o preço da democracia que as possibilidades de controlo consciente se restrinjam às áreas em que haja verdadeira concordância, e que em algumas áreas as coisas tenham de ser deixadas ao acaso. Mas numa sociedade que, para o seu funcionamento, dependa de um planeamento central, este controlo não pode ficar dependente da concordância de uma maioria; será muitas vezes necessário que a vontade de uma pequena minoria tenha de ser imposta à população, por esta minoria ser o maior grupo capaz de estar de acordo entre si sobre o assunto em questão.⁷⁵²

De acordo com Hayek, em função da concepção de que o governo democrático seria possível quando as funções deste restringem-se a áreas nas quais revela-se possível obter a concordância da maioria e de que o liberalismo teria reduzido tal leque de assuntos, a democracia não seria antitética relativamente ao capitalismo, sendo este, antes, uma pré-condição daquela.⁷⁵³

Hayek aborda, ainda, especificamente, a temática da relação entre planificação e Estado de Direito, *Rechtsstaat* ou *rule of law*.⁷⁵⁴

Hayek considera tal definição como descritiva da situação na qual todo o governo está restrito por regras preestabelecidas em todos os seus atos, tornando possível prever o uso do poder coercitivo pela autoridade e planejar a conduta individual com base nessa previsão.⁷⁵⁵

Assim, a redução da discricionariedade das autoridades dotadas de poder coercitivo na maior medida possível torna-se o conteúdo básico da cláusula do Estado de Direito, estando o Estado impedido de neutralizar os esforços do indivíduo por atos *ad hoc*, sendo o indivíduo, no quadro da legalidade, livre para perseguir seus fins e desejos livre de interferências arbitrárias.⁷⁵⁶

⁷⁵¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 99.

⁷⁵² HAYEK, F. A. *id.* pp. 99-100.

⁷⁵³ HAYEK, F. A. *id.* p. 100: “Quando passar a ser dominada pelo credo colectivista, a democracia, inevitavelmente, destruir-se-á a si mesma.”

⁷⁵⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 103. De acordo com o economista austríaco, “nada distingue mais claramente as condições num país livre das de um país sob um governo arbitrário como a observância no primeiro dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito.”

⁷⁵⁵ HAYEK, F. A. *id.* pp. 103-104.

⁷⁵⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 104.

A distinção entre Estado de Direito e governo arbitrário encontra-se vinculada, no pensamento do autor, à distinção anterior entre criação de um quadro legal de referência e direção centralizada da atividade econômica.⁷⁵⁷ Sobre tais espécies, afirma Hayek

No primeiro, o governo restringe-se a estabelecer regras que determinam as condições sob as quais podem ser usados os recursos disponíveis, deixando aos indivíduos a decisão sobre para que fins poderão ser usados. No segundo, dirige o uso dos meios de produção para determinados fins. O primeiro tipo de regras pode ser feito de antemão, como regras *formais* que não visam as necessidades de determinadas pessoas. Destinam-se apenas a contribuir para a prossecução de vários fins das pessoas.⁷⁵⁸

Ressalta o expoente da Escola Austríaca que a planificação econômica parte de uma concepção diametralmente oposta, haja vista ter a autoridade de prover as reais necessidades das pessoas à medida que aquelas surjam, devendo fazer escolhas e opções entre diferentes pessoas ou grupos.⁷⁵⁹

Assim, Hayek passa a distinguir entre Direito formal – que denomina *justiça* – e regras substantivas, embora reconheça a dificuldade prática da distinção que por vezes se apresenta.⁷⁶⁰

Como destaca o autor, as regras formais referem-se a situações típicas que podem envolver qualquer pessoa e, portanto, antecipam às pessoas a ação do

⁷⁵⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 104. Para o autor, a rigor, a segunda categoria pertence ao gênero de governo arbitrário, a primeira, ao de Estado de Direito. HAYEK, F. A. *Ibid.*

⁷⁵⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 105. Aduzindo: “E são, ou deveriam ser, concebidas para períodos tão longos que se torna impossível saber se irão ajudar algumas pessoas mais do que outras. Quase que poderiam ser descritas como uma espécie de instrumento de produção, que ajuda as pessoas a prever o comportamento daqueles com quem têm de colaborar, e não um esforço para a satisfação de determinadas necessidades.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁵⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 105. “Quando o governo tem de decidir quantos porcos há de criar e quantos autocarros tem de haver, que minas explorar, ou por que preço vender botas, estas decisões não podem ser deduzidas de princípios formais, ou decididas de antemão para longos períodos. Elas dependem inevitavelmente das circunstâncias do momento (...).” *Id.* pp. 105-106. E, mais adiante: “Quando temos de escolher entre maiores salários para médicos ou enfermeiros e maior assistência aos doentes, mais leite para as crianças e melhores salários para os que já têm emprego, para dar resposta a isto há que possuir todo um sistema de valores em que cada necessidade de cada pessoa ou grupo tenha um lugar definido.” HAYEK, F. A. *id.* p. 110.

⁷⁶⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 106. Utiliza uma metáfora, afirmando que à primeira categoria corresponde o estabelecimento de regras de circulação nas estradas ao passo que à segunda corresponderia estabelecer regras que determinassem aonde ir.

Estado em determinada circunstância, em termos gerais, abstraídas referências à hora, local ou pessoa em concreto.⁷⁶¹

Acima de tudo, na ótica hayekiana, tais regras não implicariam a escolha entre fins ou pessoas determinadas, posto ser impossível antecipar por quem seriam utilizadas e de que modo.⁷⁶²

Segundo Hayek a superioridade de um sistema no qual se ignorem os resultados concretos seria explicável a partir de dois argumentos, o primeiro dos quais seria econômico e o segundo político ou moral.⁷⁶³

De acordo com o argumento econômico, deve o Estado limitar-se ao estabelecimento de regras gerais, proporcionando liberdade aos indivíduos em tudo quanto dependa de circunstâncias de tempo e de lugar.⁷⁶⁴

Tal argumentação parte da concepção de que apenas os indivíduos concretamente implicados em uma situação podem conhecer todas as circunstâncias da mesma e a ela adaptar seu comportamento e que, para tanto, devem ser capazes de prever a ação do Estado – o que somente seria possível mediante a adoção de regras formais.⁷⁶⁵

O argumento político ou moral consistiria na consideração de que caso o Estado pretenda antever precisamente a incidência de suas ações, não restaria alternativa aos afetados pela mesma, excluindo-se a possibilidade das pessoas escolherem fins alternativos.⁷⁶⁶

⁷⁶¹ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁶² HAYEK, F. A. *ibid.* p. 107. A verossimilhança de tal visão será discutida adiante.

⁷⁶³ HAYEK, F. A. *id.* pp. 107-108.

⁷⁶⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 107.

⁷⁶⁵ HAYEK, F. A. *ibid.* “Se, por outro lado, o Estado dirigisse as ações dos indivíduos de forma a atingir determinados fins, suas ações teriam de ser decididas com base na plenitude das circunstâncias do momento e seriam, por isso, imprevisíveis. Daí o facto conhecido de que quanto mais o Estado ‘planifica’, mais difícil se torna o planeamento para o indivíduo.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 107-108.

⁷⁶⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 108.

Argumenta Hayek que para ser possível criar novas oportunidades acessíveis a todos de acordo com seus próprios desígnios, o Direito deve ser concebido de maneira diversa:

As regras gerais, as leis genuínas, por oposição a ordens específicas, deverão pois ser concebidas para funcionarem em circunstâncias que não podem ser previstas em pormenor, e, por isso, o seu efeito em determinados fins ou em determinadas pessoas não pode ser conhecido de antemão. Só neste sentido é possível ao legislador ser imparcial.⁷⁶⁷

Segundo a ótica do autor austríaco, um mundo com previsão precisa dos efeitos das leis implicaria comprometimento da imparcialidade do Estado, pois se seus efeitos sobre determinadas pessoas são conhecidos, não pode o Estado ser imparcial.⁷⁶⁸

De acordo com Hayek a gradual ampliação da planificação aumenta o recurso às categorias do “justo” e do “razoável”, incrementando a necessidade de decisão de casos concretos conforme a discricionariedade do juiz ou autoridade. Nisso o autor vislumbra um regresso da sociedade de contrato para a sociedade de *status*, na expressão de Sir Henry Maine (1822-1888).⁷⁶⁹

Para o autor o Estado de Direito e o primado da lei formal, assim como a ausência de privilégios legais em favor de determinadas pessoas designadas pela autoridade seriam os garantes da igualdade perante a lei. Em sua ótica tal igualdade seria incompatível com qualquer política governamental que buscasse

⁷⁶⁷ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁶⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 108. É o Estado que toma partido, que impõe suas avaliações às pessoas e escolhe os fins destas, em lugar de auxiliá-las na consecução dos fins por elas mesmas escolhidos que Hayek rechaça: “Assim que são previstos os efeitos concretos quando da feitura da lei, esta deixa de ser um mero instrumento a ser utilizado pelas pessoas e torna-se, ao invés, um instrumento usado pelo legislador nas pessoas e para os seus fins.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 108-109.

⁷⁶⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 110: “Poder-se-ia escrever a história do declínio do Estado de Direito, do desaparecimento do *Rechtsstaat*, em termos da introdução progressiva destas fórmulas vagas na legislação e na jurisdição, e a crescente arbitrariedade e incerteza, e o conseqüente desrespeito associado, da lei e da judicatura, que em tais circunstâncias não podem deixar de se tornar um instrumento da política.” HAYEK, F. A. *ibid.*

deliberadamente promover igualdade material ou substantiva. A justiça distributiva teria o condão de destruir o Estado de Direito.⁷⁷⁰

Hayek sustenta ainda que a imprevisibilidade dos efeitos da lei formal que caracteriza um sistema liberal seria a razão de outra das características deste, a saber, a da inação estatal.⁷⁷¹

Para o austríaco a discussão acerca da questão de se o Estado deve ou não agir seria falsa, sendo a verdadeira questão aquela que se colocaria sobre a forma da ação estatal:

O importante é se o indivíduo pode prever a acção do Estado e usar este conhecimento como informação para elaborar os seus próprios planos, com o resultado de o Estado não poder controlar o uso que ele fez da sua máquina, e de o indivíduo saber precisamente até onde está protegido contra a interferência de terceiros, ou se o Estado está em posição de frustrar os esforços individuais.⁷⁷²

Segundo Hayek legalidade e Estado de Direito não seriam sinónimos, e uma sociedade com poderes ilimitados do legislador, apesar de encontrar-se no âmbito da legalidade, pode não se caracterizar como um Estado de Direito. Para ele em uma sociedade planificada o Estado de Direito não poderia subsistir, pois os poderes governamentais seriam ilimitados.⁷⁷³

Nesta ótica, o conflito não se daria propriamente entre liberdade e lei, mas entre dois tipos de leis, uma característica do Estado de Direito, consistente em princípios gerais conhecidos de antemão, e outro em normas que permitem à autoridade fazer o que lhe aprouver.⁷⁷⁴ O argumento sobre os diferentes tipos de normas será desenvolvido logo adiante.

⁷⁷⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 111. “Para produzir o mesmo resultado para diferentes pessoas é necessário trata-las de forma diferente. Dar a pessoas diferentes as mesmas oportunidades objectivas não é dar-lhes a mesma hipótese subjectiva. Não se pode negar que o Estado de Direito produz desigualdade económica – o que se poderá dizer em seu abono é que esta desigualdade não é concebida para afectar determinadas pessoas de determinada forma.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁷¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 112.

⁷⁷² HAYEK, F. A. *id.* p. 113.

⁷⁷³ HAYEK, F. A. *id.* p. 114. “A lei pode e, para garantir a direcção central da actividade económica, deve legalizar aquilo que, para todos os efeitos, continua a ser acção arbitrária (...). Ao conferir ao governo poderes ilimitados, pode legitimar-se o mais arbitrário dos poderes: e, desta forma, uma democracia pode instituir o mais inimigável dos despotismos.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁷⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 115.

Para o autor, a pretensão de permitir o controle das atividades econômicas pelas autoridades implica que se-lhes confira poder para tomar e implementar decisões em circunstâncias que não são passíveis de estabelecimento em normas genéricas.⁷⁷⁵

Assim, sustenta que o Estado de Direito implicaria limites à legislação, restringindo-se àquela estabelecida por regras gerais, de modo que certo tipo de legislação poderia violar aquele.⁷⁷⁶ Consigne-se ainda que, com base em tal argumentação, Hayek vê como inconciliáveis a preservação dos Direitos do homem e a planificação da Economia.⁷⁷⁷

Ou seja, em síntese, Hayek sustenta ser equivocado o abandono das tradições liberal e individualista em face de tendências coletivistas, que vê como contrárias à liberdade individual e tendentes ao totalitarismo. Sustenta a impossibilidade da planificação em face das limitações cognitivas humanas e defende o caráter utópico da ideia acerca de um possível socialismo democrático, vislumbrando inconciliabilidade entre democracia e planificação, rebatendo, ainda, a ideia de que a última seria inevitável.

Sustenta, ainda, uma visão no sentido da inconciliabilidade entre planificação e liberdade, entre planificação e direitos do homem, bem como entre planificação e Estado de Direito, afirmando que este se caracterizaria por normas formais e gerais, que vê como as únicas aptas à preservação da isonomia.

Expostas as bases da visão hayekiana sobre o Direito, insta investigar a partir da obra *Direito, Legislação e Liberdade* o desenvolvimento da visão do autor acerca do fenômeno jurídico.

⁷⁷⁵ HAYEK, F. A. *ibid.* “A consequência é que, à medida que o planejamento se intensifica, passa a ser cada vez mais comum delegar poderes legislativos em diversos conselhos de administração e autoridades.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁷⁷⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 116.

⁷⁷⁷ HAYEK, F. A. *id.* pp. 117-119.

2.1.2 A crítica ao construtivismo racionalista

Em *Direito, Legislação e Liberdade*, obra em três volumes publicados durante a década de 1970, Hayek revisa parcialmente sua visão estabelecida na obra *A Constituição da Liberdade*, de 1960, afirmando que somente após a conclusão desta obra percebera que o real problema do constitucionalismo moderno teria sido a profusão de uma visão positiva da utilização da coerção não apenas para impedir a ação injusta, mas também como meio de garantir determinados resultados relativamente a certas pessoas e grupos, bem como na atribuição ao legislativo de tarefas de, ao mesmo tempo, elaborar regras de conduta justa e dirigir o governo.⁷⁷⁸

Nessa obra Hayek sustenta que a preservação de uma sociedade de homens livres dependeria da compreensão de que: a) ordem espontânea ou autogeradora e ordem feita ou organização seriam distintas, a elas correspondendo dois tipos diversos de normas jurídicas ou leis; b) normas de justiça social ou justiça distributiva somente fariam sentido no seio da organização ou ordem feita, nunca na ordem espontânea; c) a concentração de funções de elaborar normas gerais e gerir o governo pelos órgãos representativos conduziria à transformação da ordem espontânea em ordem feita ou organização, sistema totalitário a serviço de interesses organizados.⁷⁷⁹

O autor chama a atenção para a dificuldade em levar a cabo seu projeto de propor uma solução ao impasse que vislumbra nas democracias de seu tempo, haja vista a especialização e a fragmentação dos conhecimentos na atualidade.⁷⁸⁰

Em sua ótica, em nenhum campo a separação dos saberes promovida pela especialização teria sido mais nociva do que naqueles do Direito e da Economia. Sustenta que as normas de conduta justa que serão por ele estudadas pertencem a uma ordem cuja natureza o jurista ignora em grande medida, em função de tal

⁷⁷⁸ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. I: normas e ordem. Trad. Ana M. Capovilla et. al. São Paulo: Visão, 1985, pp. XL-XLI. Daqui se depreende a centralidade da discussão iniciada na obra *O Caminho da Servidão* e que aqui será objeto principal de atenção.

⁷⁷⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. XLI.

⁷⁸⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. XLII-XLIII.

separação; ordem esta conhecida do economista que, no entanto, ignoraria as normas de conduta referidas.⁷⁸¹

Hayek distingue o racionalismo evolucionista⁷⁸² ou crítico, de Karl Popper, do racionalismo construtivista, fazendo a crítica do último.⁷⁸³ Segundo o autor, existiriam duas possíveis concepções da atividade humana, uma das quais radicaria na compreensão de que todas as instituições humanas seriam fruto da intenção humana, criada com uma finalidade e passível de reformulação de acordo com os desígnios humanos.

A outra, partiria da compreensão segundo a qual a ordenação da sociedade não se deve aos desígnios humanos, mas seria fruto de um processo evolutivo que asseguraria a preservação de instituições criadas com outros propósitos ou mesmo por acaso.⁷⁸⁴ Tratam-se das concepções do racionalismo construtivista e do evolucionismo, respectivamente.⁷⁸⁵

O racionalismo construtivista teria suas bases no Iluminismo e sua principal expressão no cartesianismo⁷⁸⁶, consistindo na tendência a atribuir a criação de todas as instituições culturais à razão.⁷⁸⁷ Nas palavras de Hayek, “moral, religião, Direito, linguagem e escrita, moeda e mercado foram interpretados como tendo sido deliberadamente construídos por alguém”, em uma visão intencionalista.⁷⁸⁸

Na ótica hayekiana trata-se de uma concepção falsa, pois muitas das instituições sociais úteis para a consecução de nossos objetivos decorreriam de

⁷⁸¹ HAYEK, F. A. *id.* p. XLIII. Aqui Hayek propugnará, ainda que de maneira sensivelmente diferente de Posner, a interlocução entre Direito e Economia.

⁷⁸² BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 158.

⁷⁸³ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* p. XLIV.

⁷⁸⁴ BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 157.

⁷⁸⁵ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* pp. 2-3.

⁷⁸⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 3-4.

⁷⁸⁷ Como observa Gilmar Antonio Bedin, a análise de Hayek parte da ignorância humana e da complexidade extrema dos sistemas sociais, descuradas, em sua visão, pelo racionalismo construtivistas de raízes cartesianas. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 156.

⁷⁸⁸ BEDIN, G. A. *id.* p. 156. HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* pp. 4-5. Um exemplo de tais tendências, ainda que não necessariamente com a pretensão de constituírem relatos históricos, seriam as explicações contratualistas da sociedade. HAYEK, F. A. *id.*, p. 5.

costumes, hábitos e práticas que não teriam sido inventados ou observados com vistas a tais propósitos.⁷⁸⁹

Hayek chama a atenção para o fato de que a completa racionalidade cartesiana exigiria conhecimento igualmente completo de todos os fatos relevantes, o que seria impossível.⁷⁹⁰

O autor destaca que a estrutura de atividades da sociedade adapta-se constantemente a milhões de fatos que isoladamente são conhecidos de alguém mas que, em sua totalidade, não são passíveis de conhecimento por ninguém. Segundo sua visão, disso decorreria uma incurável ignorância institucional e a maioria de normas e instituições consistiriam em ajustamentos a esta incapacidade.⁷⁹¹

Hayek frisa que a fé na ciência induziria à concepção errônea de que tudo seria passível de conhecimento⁷⁹², e ressalta as limitações inerentes ao conhecimento científico especialmente no que diz respeito a fenômenos complexos.⁷⁹³

O autor frisa, ainda, a importância do papel de normas de conduta que foram adotadas porque aumentavam a possibilidade de sobrevivência do grupo. Segundo ele aquelas não teriam sido criadas pela mente de ninguém, mas ainda assim governariam o comportamento.⁷⁹⁴

As normas que teriam surgido mediante tal processo evolutivo teriam duas características, segundo o austríaco, a saber, o fato de serem observadas

⁷⁸⁹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 5-6.

⁷⁹⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 7: "(...) o êxito da ação na sociedade depende de um maior número de fatos particulares do que seria dado a qualquer pessoa conhecer. Em consequência, toda a nossa civilização se funda, e deve fundar-se, em nossa *confiança* em muito do que não podemos *saber* ser verdadeiro no sentido cartesiano." A ilusão decorrente do pressuposto da onisciência é denominada por Hayek de *ilusão sinótica*, constituindo-se na ficção de que todos os fatos relevantes seriam conhecidos por alguma mente e que que, a partir de tal conhecimento, seria possível construir uma sociedade desejável. HAYEK, F. A. *id.* p. 9.

⁷⁹¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 8: "Veremos, em especial, que a possibilidade de justiça repousa nessa limitação necessária do nosso conhecimento factual e que a compreensão da natureza da justiça fica, portanto, vetada a todos aqueles construtivistas que costumam argumentar tendo por pressuposto a onisciência."

⁷⁹² BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 156. HAYEK, F. A. *id.* p. 10. Sustenta ainda que um dos fundamentos da civilização é a possibilidade de todos se beneficiarem de conhecimentos que não possuem. *Ibid.*

⁷⁹³ HAYEK, F. A. *id.* pp. 10-11.

⁷⁹⁴ HAYEK, F. A. *id.* p.1 13.

independentemente de serem passíveis de ser enunciadas por seus praticantes e o fato de fortalecerem o grupo cujos membros as observavam.⁷⁹⁵

Hayek rechaça a distinção que remonta ao pensamento grego entre natural (*physei*) e artificial (*nomó* ou *thesei*), como já mencionado, concepção segundo a qual todos os fenômenos recairiam no âmbito do existente por natureza ou do existente com convenção ou deliberação.⁷⁹⁶

A distinção seria enganosa, de acordo com o autor, por desconsiderar uma terceira classe de fenômenos, qual seja, a dos fenômenos decorrentes da ação mas não da intenção humana.⁷⁹⁷

Aqui se evidencia o relevo do evolucionismo para as teorizações de Hayek, que sustenta ser errônea a concepção segundo a qual as Ciências Sociais teriam tomado tal conceito das Ciências Biológicas – segundo o autor, teria se verificado exatamente o contrário.⁷⁹⁸

Segundo Hayek, extrapolações como as que pretendem permitir a previsão da evolução futura a partir de leis da evolução e passagem obrigatórias de estágios ou etapas e, ainda, torná-la fundamento de prescrições éticas seriam a causa do

⁷⁹⁵ HAYEK, F. A. *id.* I, p.15. Observe-se que estudos de Antropologia Jurídica corroboram a existência de um “direito mudo”, e de normas que mesmo sem ser passíveis de ser enunciadas em linguagem ou mesmo sem serem apreendidas conscientemente pelos indivíduos são capazes de regular o comportamento. SACCO, R. **Anthropologie Juridique**: apport à une macro-histoire du Droit. Paris: Dalloz, 2008, p. 60.

⁷⁹⁶ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* p.16. Como ensina Bedin, para o austríaco as crenças planificadoras baseadas no racionalismo construtivista seriam equivocadas por serem as instituições sociais frutos da ação humana mas não dos desígnios do homem. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 157.

⁷⁹⁷ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* p. 17. Tal categoria teria sido constada pelo filósofo escocês Adam Ferguson (1723-1816). O preço *natural* seria um exemplo deste gênero de fenômenos, assim como a língua, a moral, o Direito e a moeda. HAYEK, F. A. *id.* pp. 18 e 21. Gilmar Antonio Bedin observa que o terceiro gênero de fenômenos identificado por Ferguson e sobre o qual teoriza Hayek teria como base o pensamento de David Hume e de Bernard Mandeville (1670-1733). BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 158.

⁷⁹⁸ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* p 21. Sobre o darwinismo social, pondera o autor: “Existem, é claro, diferenças importantes entre a forma pela qual o processo de seleção atua na transmissão cultural que leva à formação das instituições sociais e a forma pela qual atua na seleção de características biológicas inatas e na sua transmissão por herança fisiológica. O erro do ‘darwinismo social’ foi tomar por objeto a seleção de indivíduos e não a seleção de instituições e práticas; a seleção de aptidões inatas dos indivíduos e não a daquelas culturalmente transmitidas. Mas, embora o esquema da teoria darwinista só se aplique a estas últimas de forma limitada, e seu uso literal conduza a graves distorções, o conceito básico de evolução ainda permanece o mesmo em ambos os campos.” (destaques ausentes do original). *Id.* p. 22. Outro equívoco consistiria em imaginar que as leis da evolução permitiriam prever seu curso futuro. HAYEK, F. A. *id.* pp. 22-23. Veja-se que aqui se verifica um traço que aproxima a perspectiva hayekiana das concepções sustentadas pela Escola Institucionalista.

descrédito do evolucionismo. No entanto, sustenta o autor que ainda seria o único recurso para a compreensão do surgimento espontâneo de certas instituições sociais.⁷⁹⁹

2.1.3 *Kosmos e taxis*

Uma distinção basilar do pensamento de Hayek radica na identificação da ordem feita (*made*) e da ordem espontânea ou decorrente da evolução (*grown*), também denominadas pelo autor, respectivamente, ordem exógena, ordenação ou ordem artificial e ordem endógena ou autogeradora.⁸⁰⁰

Segundo o autor ordem consiste em um instrumento analítico essencial para o estudo de fenômenos complexos, da mesma forma que lei o seria relativamente a fenômenos mais simples.⁸⁰¹ Como já mencionado no início deste capítulo, para o autor, ordem designa

uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de um contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelar corretas.⁸⁰²

A vida social, observa Hayek, é permeada por este tipo de ordem necessária ao convívio social e esta não necessariamente seria fruto de criação intencional.⁸⁰³ De acordo com o autor o conceito de ordem tem sofrido influência do pensamento

⁷⁹⁹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 23-24.

⁸⁰⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. 35 e 38. Como observa Bedin, o predomínio do racionalismo construtivista teria produzido, na visão de Hayek, a concepção da existência apenas de apenas um tipo de ordem, a saber, da ordem feita, ou *taxis*. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 159.

⁸⁰¹ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* pp. 35-36. Ressalta o autor que outras expressões análogas são possíveis, como estrutura ou sistema, mas opta por manter a expressão ordem. HAYEK, F. A. *id.* p. 36.

⁸⁰² HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁰³ HAYEK, F. A. *id.* pp. 36-37. Gilmar Antonio Bedin evidencia que para Hayek seria equivocado imaginar que as sociedades e suas instituições seriam fruto de um projeto consciente do ser humano. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 157.

antropomórfico, sendo concebida como ordem exógena, intencionalmente criada, quando, em realidade, pode ser uma ordem endógena, oriunda de um equilíbrio surgido a partir de dentro.⁸⁰⁴

A partir de uma vantagem terminológica da língua grega, que possuiria expressões distintas para se referir aos dois tipos de ordem, Hayek adotará tal terminologia, sendo que *taxis* será a expressão utilizada para designar a ordem feita e *kosmos* a expressão designativa da ordem espontânea ou decorrente de evolução.⁸⁰⁵

De acordo com o autor, “não seria exagero dizer que a teoria social começa com a descoberta da existência de estruturas ordenadas que são produto da ação de muitos homens, embora não resultem de intenção humana, e que só devido a essa descoberta tem um objeto.”⁸⁰⁶

Sustenta o austríaco que os dois tipos de ordens ostentariam propriedades peculiares. As ordens feitas seriam simples ou moderadamente complexas, concretas e, portanto, passíveis de observação e, além disso, serviriam a um propósito para o qual teriam sido criadas.⁸⁰⁷

De acordo com Hayek, estas características não estariam necessariamente presentes em ordens espontâneas. Seu grau de complexidade não precisaria ser limitado de acordo com as capacidades cognitivas da mente humana, sua existência poderia ser puramente abstrata, e por não ter sido criada deliberadamente não necessitaria ter um fim específico, o que não significa que nosso conhecimento acerca dela não seja útil ou valioso.⁸⁰⁸ Sustenta o autor que

As ordens espontâneas não são necessariamente complexas, mas, ao contrário das ordenações humanas intencionais, podem alcançar qualquer grau de complexidade. Uma de nossas principais teses será que ordens muito complexas, abrangendo maior número de fatos particulares do que

⁸⁰⁴ HAYEK, F. A. *ibid.* Como observa Hayek, as ordens espontâneas seriam estudadas em disciplinas como a Economia, a Biologia e, mais recentemente, a Cibernética. HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁰⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 38.

⁸⁰⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 39.

⁸⁰⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 40.

⁸⁰⁸ HAYEK, F. A. *ibid.*

qualquer cérebro poderia apurar ou manipular, só podem ser produzidas por meio de forças que induzam a formação de ordens espontâneas.⁸⁰⁹

Assim sustenta Hayek que as ordens espontâneas não seriam passíveis de ser propositadas⁸¹⁰, o que é fundamental em suas teorizações.⁸¹¹

O autor sustenta ainda que no âmbito das sociedades a confiança nas ordens espontâneas ampliaria os poderes de controle humanos, mas, ao mesmo tempo os limitaria. Podendo uma ordem espontânea compreender situações de extrema complexidade que nenhuma mente seria capaz de apreender em sua totalidade, tais estruturas resultantes da evolução e criadas por forças espontâneas seriam de difícil explicação e manipulação.⁸¹²

Tais ordens não seriam, portanto, passíveis de pleno domínio intelectual ou de livre ordenação de seus elementos.⁸¹³ O controle humano sobre a ordem espontânea seria muito menor, de acordo com Hayek, do que o controle sobre a ordem feita.⁸¹⁴

Hayek sustenta que as ordens espontâneas decorreriam do fato de seus elementos integrantes observarem determinadas normas ao reagir ao ambiente, fazendo-se necessária a análise mais detalhada de tais normas.⁸¹⁵

⁸⁰⁹ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸¹⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 41; BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 157. A ordem espontânea seria compreendida, portanto, como uma ordem que “surge a partir de dentro do sistema (endógena) e que não possui qualquer propósito específico, e que pode ser vista como uma ordem resultante, não da vontade humana, mas sim da evolução da própria estrutura do organismo social (cosmos).” BEDIN, G. A. *id.* p. 160.

⁸¹¹ Como esclarece Bedin, a ordem feita ou *taxis* seria construída com vistas a propósitos específicos e, ainda, passíveis de alteração pela atividade consciente humana. BEDIN, G. A. *id.* p. 159.

⁸¹² HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* p. 43.

⁸¹³ HAYEK, F. A. *id.* pp. 43-44. Importante observar que Hayek frisa que, em uma ordem social, o conhecimento encontrar-se-ia disperso entre diversas mentes, e nunca concentrado em uma única mente. HAYEK, F. A. *id.* p. 44. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 160.

⁸¹⁴ HAYEK, F. A. *ibid.*: “A primeira terá muitos aspectos sobre os quais não exercemos absolutamente nenhum controle, ou que, pelo menos, não seremos capazes de alterar sem interferir nas forças que produzem a ordem espontânea, obstando-as. Qualquer desejo que possamos ter quanto à posição específica de elementos individuais, ou à relação entre indivíduos ou grupos específicos, não poderia ser satisfeito sem se perturbar a ordem global.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸¹⁵ HAYEK, F. A. *ibid.* p. 45.

Ressalva o autor que tais normas não precisam ser verbalizadas, bastando que os elementos, de fato, as observem em seu comportamento, independentemente de as conhecerem ou não.⁸¹⁶

Sustenta Hayek que nem toda regularidade, no entanto, conduziria a uma ordem global, cabendo investigar-se que tipos de normas ou regularidades conduziram à formação de uma ordem social e que espécie de ordem seria produzida por diferentes tipos de normas.⁸¹⁷

Assevera o austríaco que a vida social dependeria da evolução de normas que a tornem possível, de acordo com um processo de seleção natural, ressaltando que os comportamentos individuais não necessitam ser idênticos para a emergência de uma ordem, mas simplesmente semelhantes em certos aspectos.⁸¹⁸ Enfim, afirma que

Numa sociedade moderna, baseada no intercâmbio, uma das principais regularidades do comportamento individual resultará das semelhanças das situações em que a maioria dos indivíduos se encontra ao trabalhar para auferir renda; o que significa que, normalmente, preferirão um retorno maior por seus esforços a um menor e, com frequência, farão maior esforço em determinada direção caso as perspectivas de retorno melhorem. Esta norma será seguida com frequência para conferir a essa sociedade certo tipo de ordem. Mas, ainda que a maioria das pessoas observe essa norma, o caráter da ordem resultante permanecerá muito indefinido, e essa observância por si só não bastaria para lhe conferir um caráter benéfico. Para que a ordem resultante seja benéfica, é preciso que as pessoas observem também certas normas convencionais, isto é, normas que não decorrem simplesmente de suas aspirações e de sua percepção de relações de causa e efeito, mas que são prescritivas, dizendo-lhes o que devem ou não fazer.⁸¹⁹

⁸¹⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 45: “O fato de que normas nesse sentido existem e atuam sem ser explicitamente conhecidas por aqueles que obedecem a elas aplica-se também a muitas das normas que regem a ação dos homens, determinando assim a ordem social espontânea. O homem certamente não conhece todas as normas que orientam suas ações no sentido de ser capaz de expressá-las em palavras.” HAYEK, F. A. *ibid.* Nesse sentido, SACCO, R. *op. cit.* p. 60.

⁸¹⁷ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** *cit.* pp. 45-46. Exemplifica o autor, no âmbito da Física, com a lei da entropia, e no âmbito social com uma suposta norma que determinasse aos indivíduos matarem qualquer outro com quem se encontrassem. HAYEK, F. A. *id.* p. 46.

⁸¹⁸ HAYEK, F. A. *ibid.* O autor observa que haverá normas que serão obedecidas por serem os indivíduos delas conscientes, outras por força da tradição cultural, e outras ainda que deverão ser impostas aos indivíduos. HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸¹⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 47. Observe-se que a relação concebida por Hayek entre os tipos de normas e os tipos de ordens é complexa. Ressalva o autor que “conquanto as normas em que se baseia uma ordem espontânea possam ser também de origem espontânea, nem sempre isso ocorrerá. Embora não haja dúvida de que a ordem se tenha originalmente de modo espontâneo em decorrência de os indivíduos terem observado normas não deliberadamente feitas, mas surgidas espontaneamente, com o tempo as pessoas aprenderam a aperfeiçoá-las. Portanto é concebível

Segundo Hayek qualquer grupo suficientemente numeroso se baseará tanto em ordens espontâneas quanto em organizações, sendo as últimas aptas a promover coordenação em situações não muito complexas, e as primeiras nas mais complexas.⁸²⁰

Tal coexistência, no entanto, não significaria para o autor a possibilidade de se realizar qualquer combinação imaginável entre os dois tipos de ordem. As diversas organizações menores normalmente estariam, em sociedades livres, insertas em uma ordem espontânea maior, a saber, a sociedade.⁸²¹

Entre as organizações existentes na sociedade o autor destaca o governo, a quem caberia a função de manter a ordem em bom funcionamento, sem determinar-lhe os fins.⁸²² A tal organização caberiam duas funções, a saber, uma coercitiva – fazer cumprir normas de conduta – e uma função de serviço – administração dos recursos colocados à sua disposição.⁸²³

As normas de cada um dos tipos de ordens seriam diversas, sendo que a ordem espontânea deveria estabelecer apenas normas de conduta e nunca determinações específicas, pois estas pressuporiam onisciência que, como sabido, é inexistente.⁸²⁴

Para Hayek as normas de uma organização regulariam a execução de tarefas específicas a partir da atribuição de uma posição para o indivíduo e de atribuições específicas pela autoridade dirigente, ostentando um caráter subsidiário relativamente às determinações.⁸²⁵

que a formação de uma ordem espontânea dependa por completo de normas deliberadamente criadas.” HAYEK, F. A. *ibid.* O autor distingue o caráter espontâneo da ordem da origem espontânea das normas, sendo possível que uma ordem espontânea ou *cosmos* tenha por base normas intencionalmente criadas. HAYEK, F. A. *id.* p. 48.

⁸²⁰ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸²¹ HAYEK, F. A. *ibid.* Assim, a família, a propriedade rural, a fábrica, a pequena e a grande empresa, as associações e as instituições públicas seriam organizações integradas a uma abrangente ordem espontânea. HAYEK, F. A. *id.* pp. 48-49. Hayek afirma a existência de ordens intermediárias ou parciais, subordens espontâneas, sociedades parciais. HAYEK, F. A. *id.* p. 49.

⁸²² HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸²³ HAYEK, F. A. *id.* p. 50.

⁸²⁴ HAYEK, F. A. *id.* pp. 50-51.

⁸²⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 51.

Mais que isso, as normas de uma organização reclamariam interpretação conforme aos objetivos fixados pelas determinações para informarem aos indivíduos a conduta a adotar.⁸²⁶

Já as normas de uma ordem espontânea seriam independentes de propósitos e abrangeriam não necessariamente todos os indivíduos, mas a totalidade das classes destes, não identificados individualmente.⁸²⁷ Hayek afirma que

Nos termos que adotamos, isso significa que as normas gerais de Direito sobre as quais a ordem espontânea se funda visam a uma ordem abstrata, cujo conteúdo particular ou concreto não é conhecido ou previsto por ninguém; ao passo que as determinações, bem como as normas que regem uma organização, servem a resultados particulares visados por seus dirigentes. Quanto mais complexa a ordem pretendida, maior o papel das ações isoladas que deverão ser motivadas por circunstâncias desconhecidas pelos que dirigem o conjunto, e mais o controle dependerá de normas e não de determinações específicas. Nos tipos mais complexos de organização, de fato, a autoridade suprema se limitará praticamente a atribuir funções específicas e a fixar o objetivo geral, ao passo que a execução dessas funções será regulada exclusivamente por normas – e, ainda assim, por normas que, pelo menos até certo ponto, são próprias das funções atribuídas a pessoas específicas. Só ao passarmos do maior tipo de organização, o governo – que, enquanto organização, deve ainda dedicar-se a uma série limitada e determinada de propósitos específicos –, para a ordem global da sociedade é que encontramos uma ordem baseada exclusivamente em normas e de caráter espontâneo.⁸²⁸

Para o autor somente foi possível atingir o grau de complexidade da sociedade contemporânea em função de a mesma não depender de organização, baseando-se em uma ordem espontânea. Por isso, seria paradoxal afirmar que a necessidade de planificação resultaria dessa complexidade.⁸²⁹

Na ótica defendida por Hayek seria impossível substituir a ordem espontânea pela ordem feita e ainda ser capaz de valer-se do conhecimento disperso entre seus

⁸²⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 52.

⁸²⁷ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸²⁸ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸²⁹ HAYEK, F. A. *ibid.* “Ao contrário, só podemos preservar uma ordem de tal complexidade não pelo método que consiste em dirigir seus membros, mas indiretamente, fazendo cumprir e aperfeiçoando as normas que propiciam a formação de uma ordem espontânea.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 52-53.

membros, tampouco sendo possível corrigir referida ordem por intervenções diretas.⁸³⁰

Em sua ótica nunca seria racional buscar tal combinação de ordens diversas, posto que determinações isoladas exigindo ações específicas nada mais fariam do que destruir o equilíbrio das ordens espontâneas, posto serem endereçadas a uma parte de um sistema de ações interdependentes, determinadas por informação e guiadas por propósitos só conhecidos pelos agentes individuais e inacessíveis à autoridade dirigente.⁸³¹ Nesse contexto, importante frisar que

o sistema de mercado emerge – para o autor – como um[a] instituição social dotada de uma ordem espontânea, autoregulada, e sem fins ou propósitos específicos, ou seja, como uma ordem independente da vontade humana e que não possui qualquer justificativa moral na distribuição dos recursos ou qualquer distribuição específica ou diferenciada (por exemplo, entre os menos afortunados).⁸³²

A distinção entre tais tipos de normas servirá posteriormente para a fundação pelo autor de uma distinção entre dois tipos diversos de Direito, a saber, *nomos* e *thesis*, ou Direito protetor da liberdade e Direito proveniente da legislação.

⁸³⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 53.

⁸³¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 53.

⁸³² BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 160. Como observa este autor, Hayek concebe a operação do mercado como *catalaxia*, i.e, como um jogo continuado disputado de acordo com normas e decidido com base na maior habilidade, força ou sorte. BEDIN, G. A. *op. cit.* pp. 160-161. HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. II: a miragem da justiça social. Trad. Maria L. X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 139.

2.1.4 Nomos e Thesis

Partindo da afirmação de que o conceito de Direito seria mutável e que o Direito seria mais antigo que a legislação e com ela inconfundível, Hayek circunscreve o conceito desta última à criação intencional de leis.⁸³³

Segundo ele a invenção da legislação teria permitido ao homem produzir bons resultados, mas também originara o risco de ser nociva a depender da forma de sua utilização. O autor sustenta que o Direito existira desde as origens da sociedade, independentemente da possibilidade de sua verbalização, o que não seria verdadeiro para a legislação, invenção muito mais recente.⁸³⁴

Segundo Hayek originalmente as leis teriam sido concebidas como naturais ou sobrenaturais, diferentemente do panorama atual, no qual toda lei é presumida decorrente de legislação, concepção que reputa falsa.⁸³⁵

Assim, buscando fundamentos na Etnologia e na Antropologia Cultural, Hayek sustentará a distinção referida.⁸³⁶ Entre outras questões, relevante frisar que o autor distingue as normas factuais ou não formuladas das normas formuladas, embora reconheça que as primeiras tornariam imprecisos os limites entre prescrição e descrição.⁸³⁷

Segundo sua ótica, as leis oriundas de sistemas consuetudinários ou de precedentes judiciais ostentariam características que as normas decorrentes de processos legislativos podem ou não apresentar. A principal questão aventada

⁸³³ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 81. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 162.

⁸³⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 82. SACCO, R. *op. cit.* p. 60.

⁸³⁵ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 83. Nesse sentido sua crítica ao positivismo jurídico: “Veremos adiante que toda a concepção do positivismo jurídico, que atribui toda lei à vontade de um legislador, é fruto da falácia intencionalista característica do construtivismo, um retrocesso àquelas teorias segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano, teorias que conflitam irreconciliavelmente com tudo o que sabemos acerca da evolução do Direito e da maioria das outras instituições humanas.” HAYEK, F. A. *id.* p. 84.

⁸³⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 84 e ss. BEDIN, G. A. *op. cit.* pp. 161 e ss.

⁸³⁷ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 90. Com efeito, afirma o austríaco: “Para nossos objetivos presentes, interessam-nos quaisquer normas observadas na prática e não só aquelas aplicadas por uma organização criada para esse fim.” HAYEK, F. A. *id.* p. 111. SACCO, R. *op. cit.* p. 60.

quanto ao particular seria a de que o Direito oriundo dos primeiros seria sempre e necessariamente abstrato, sendo que o Direito legislado poderia não sê-lo.⁸³⁸

De acordo com Hayek o Direito aplicado pelos juízes favoreceria o surgimento de regimes em que a liberdade individual seria capaz de se desenvolver, e o caráter peculiar das normas que os magistrados devem aplicar seria melhor compreendido a partir da observação de que sua intervenção é vocacionada à correção de perturbações em uma ordem que não fora intencionalmente instituída por quem quer que seja.⁸³⁹

Criticando as visões contratualistas no sentido de uma prévia constituição da sociedade e posterior criação das leis, imbuída de construtivismo racionalista, o autor sustenta a necessidade de uma correta compreensão das relações entre Direito e governo. Sustenta que diferentemente da concepção difundida de que o Direito derivaria da autoridade, em realidade dar-se-ia o contrário.⁸⁴⁰

Para Hayek, a observância de fato das normas precedeu qualquer aplicação intencional, e as razões de seu surgimento podem ser distintas das razões de sua imposição coercitiva posterior.⁸⁴¹

Na ótica hayekiana, o aparelho jurídico se desenvolveria através do esforço realizado com vistas a assegurar e aperfeiçoar um sistema já existente de normas, através de sua gradual enunciação por árbitros resolvendo disputas.⁸⁴²

⁸³⁸ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* pp. 99-100. Isso contraria certa visão de sistemas como o *Common Law*. No entanto, com base em Lord Mansfield, juiz do séc. XVII, Hayek sustenta que tais sistemas não constituem sistemas de casos particulares, mas de princípios gerais ilustrados por casos particulares. *Id.* p. 100. Ressalve-se que Hayek admite a possibilidade de o Direito originado por um processo evolutivo poderia necessitar de correção através de legislação. HAYEK, F. A. *id.* pp. 102 e ss.

⁸³⁹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 109-110. Este é, como se verá adiante, um ponto de convergência entre a visão hayekiana do Direito e as teses sustentadas pela Escola de Chicago no âmbito do movimento Direito e Economia.

⁸⁴⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. 110-111. Ressalvando o autor que isto seria verdadeiro “não no sentido de que o Direito institui a autoridade, mas no de que a autoridade infunde obediência porque (e só na medida em que) aplica leis cuja existência se presume ser independente dela, leis fundamentadas numa opinião difusa acerca do que é certo. Nem toda lei pode, portanto, ser produto de legislação; o poder de legislar pressupõe, entretanto, o reconhecimento de algumas normas comuns; e tais normas subjacentes ao poder de legislar podem também limitar esse poder.” HAYEK, F. A. *id.* p. 111.

⁸⁴¹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 111-112.

⁸⁴² HAYEK, F. A. *id.* p. 112. Para Hayek, embora passível de aperfeiçoamento o sistema de normas espontâneas não poderia ser modificado de qualquer maneira. HAYEK, F. A. *id.* p. 130.

Estes decidirão sobre a conformidade ou desconformidade da conduta de alguém relativamente às expectativas razoáveis dos demais, baseadas nas práticas cotidianas do grupo – esta a importância dos costumes, eis que suscitam expectativas.⁸⁴³

O papel de um juiz ou árbitro imparcial seria, portanto, o de decidir o caso como um entre outros análogos de modo satisfatório para qualquer pessoa que eventualmente se encontre em situação semelhante.⁸⁴⁴ Para Hayek o papel de um juiz jamais será como aquele de um líder de uma organização, pois este último deve decidir o curso da ação em conformidade com os objetivos daquela.⁸⁴⁵

Segundo o austríaco, o juiz trata “não do que qualquer autoridade deseja que se faça numa dada situação, e sim do que é objeto das ‘legítimas’ expectativas dos indivíduos – e ‘legítimas’, neste caso, se refere aquelas expectativas nas quais estes geralmente têm baseado suas ações nessa sociedade.”⁸⁴⁶

Em tal ótica, a tarefa de um juiz seria totalmente diversa daquela de um supervisor ou inspetor, pois não lhe caberia fazer cumprir a vontade de uma autoridade superior, ainda que por ela tenha sido designado, mas apenas dirimir litígios que possam perturbar a ordem existente.⁸⁴⁷

Assim, para Hayek a finalidade da jurisdição seria manter uma ordem vigente de ações e as normas tendentes a originar uma ordem geral se desenvolveriam em virtude da vantagem ou supremacia dos grupos que as adotarem sobre os demais.⁸⁴⁸ Sustenta o autor sua visão evolucionista das normas jurídicas, asseverando que

Em geral se difundirão as normas subjacentes àquelas práticas ou costumes que tornam alguns grupos mais fortes que outros. E certas normas predominarão por orientarem com maior êxito as expectativas

⁸⁴³ HAYEK, F. A. *id.* p. 112.

⁸⁴⁴ HAYEK, F. A. *id.* pp. 112-113.

⁸⁴⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 113. Aqui despontará um dos aspectos de maior contraste entre as visões de Hayek e Posner, pois o último defenderá concepção diametralmente oposta, como se verá.

⁸⁴⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 114. Assim, “o objetivo das normas deve ser facilitar essa harmonização ou correspondência das expectativas, de que depende o bom êxito dos planos dos indivíduos.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁴⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 114.

⁸⁴⁸ HAYEK, F. A. *id.* 114-115.

referentes a outras pessoas que agem independentemente. De fato, a superioridade de certas normas se evidenciará sobretudo no fato de que elas criarão uma ordem eficaz não só no interior de um grupo fechado, mas também entre pessoas que se relacionam acidentalmente, sem se conhecer. Assim, ao contrário das determinações, elas criarão uma ordem mesmo entre pessoas que não têm um objetivo comum. A obediência de todos às normas será importante para cada um porque a consecução dos objetivos individuais depende disso, embora os objetivos das várias pessoas possam ser inteiramente diversos.⁸⁴⁹

Tais normas sequer precisariam ser conscientes ou expressas em palavras⁸⁵⁰; no entanto, cobririam os acontecimentos mais frequentes de maneira mais segura do que os eventos raros, e seria justamente em função destes que far-se-ia necessária a figura de um julgador para tornar mais claras as normas ou até mesmo formular novas com vistas à preservação da paz.⁸⁵¹

De acordo com Hayek jamais teria sido elaborado um sistema jurídico total, sendo que mesmo as tentativas de codificação acabaram por se limitar à sistematização de conjuntos de leis já existentes e eliminação de suas eventuais incongruências.⁸⁵²

Na ótica de tais concepções teóricas, o papel do juiz constituir-se-ia em um trabalho intelectual, devendo deixar de lado suas preferências emocionais ou pessoais, como a compaixão pela situação de um dos litigantes ou sobre a relevância do objetivo particular. Caber-lhe-ia exclusivamente um objetivo alheio a

⁸⁴⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 115.

⁸⁵⁰ SACCO, R. *op. cit.* p. 60.

⁸⁵¹ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 115. “Assim, embora as normas de conduta justa, como a ordem de ações que elas tornam possível, sejam antes de mais nada produto de evolução espontânea, seu aperfeiçoamento gradual exigirá a dedicação conscienciosa de juízes (ou outros especialistas em Direito) que aperfeiçoarão o sistema vigente pela formulação de novas normas. De fato, o Direito, tal como o conhecemos, jamais poderia te-se desenvolvido integralmente sem esse empenho dos juízes, ou mesmo sem a intervenção ocasional de um legislador para desenredá-lo dos impasses a que a evolução gradual pode leva-lo ou fazer face a problemas inteiramente novos. No entanto continua sendo verdade que o sistema de normas como um todo não deve sua estrutura à criação intencional de juízes ou legisladores. É o resultado de um processo de aperfeiçoamento no decorrer do qual a evolução espontânea dos costumes e o aprimoramento intencional dos detalhes de um sistema existente interagiram constantemente.” HAYEK, F. A. *id.* p. 116.

⁸⁵² HAYEK, F. A. *id.* p. 117.

qualquer fim concreto em particular, qual seja, aperfeiçoar uma ordem de ações dada, estabelecendo uma norma capaz de impedir a recorrência dos conflitos.⁸⁵³

Hayek defende que as normas jurídicas apenas tratarão de relações referentes a ações dos indivíduos que afetem a outras pessoas, o que não significa, por outro lado, que a lei possa proibir todas e quaisquer ações que prejudiquem a outrem. De acordo com o autor, em uma sociedade em permanente mudança o Direito pode evitar a frustração de apenas algumas expectativas, nunca de todas.⁸⁵⁴

Assim, na visão de Hayek, a função das normas de conduta justa ou *thesis* seria apenas a de informar as pessoas sobre as expectativas que podem ou não podem ter, donde emergiria o rico processo de interação entre normas jurídicas e expectativas: “se por um lado novas normas são estabelecidas para proteger expectativas já existentes, por outro toda nova norma tenderá também a criar novas expectativas.”⁸⁵⁵

O autor argumenta ainda que a probabilidade de um maior número de expectativas se revelarem verdadeiras aumentaria ao máximo através da frustração sistemática de algumas delas. Segundo ele não seria nem possível nem vantajoso proibir todas as ações passíveis de causar prejuízo a alguém, sendo que o Direito visaria impedir apenas a frustração de expectativas que declara legítimas.⁸⁵⁶

⁸⁵³ HAYEK, F. A. *ibid.* Note-se, no particular, que a despeito de uma crítica ao positivismo, a concepção hayekiana acaba por sustentar um resultado exatamente igual ao preconizado pelo positivismo jurídico.

⁸⁵⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 118. Aduz, exemplificando: “E algum dano conscientemente causado a outrem é até mesmo essencial à preservação de uma ordem espontânea: o Direito não proíbe a criação de uma nova empresa, mesmo que se saiba de antemão que isso acarretará o fracasso de outra.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁵⁵ HAYEK, F. A. *ibid.* De acordo com Hayek, diante dos conflitos inexoráveis entre expectativas conflitantes constantemente criadas, o processo revelar-se-á sempre experimental dada a impossibilidade de se prever todos os desenvolvimentos possíveis do estabelecimento de uma norma, sendo possível mesmo que o intuito de pacificação fracasse. HAYEK, F. A. *id.* pp. 118-119. Note-se que a noção de normas jurídicas como incentivos e como elementos aptos a proporcionar a formação de expectativas constitui outro ponto de proximidade entre os pensamentos de Hayek e a Análise Econômica do Direito propriamente dita.

⁸⁵⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 119. Acrescentando que “só dessa maneira o ‘não prejudicar outrem’ pode ser transformado numa norma com conteúdo significativo para um conjunto de pessoas que têm o Direito de buscar os seus objetivos com base em seu próprio conhecimento. O que pode ser garantido a cada indivíduo não é a não-interferência de outrem nessa busca de objetivos, mas somente que ele não sofrerá restrições no uso de certos meios.” HAYEK, F. A. *ibid.*

Tal concepção encontra-se conectada à noção de *feedback* negativo da Teoria da Informação, conforme visto, e como reconhece Hayek, tratando do tema no volume II de *Direito, Legislação e Liberdade*.⁸⁵⁷

Sustentando a pré-existência da ordem de ações resultante de determinadas expectativas relativamente à sua percepção como um valor digno de ser preservado, Hayek sustenta que não seria a mera observância de quaisquer normas que se revelaria capaz de engendrar aquela ordem, mas a observância de determinado tipo de normas.⁸⁵⁸ Segundo o autor

Os 'valores' a que servem as normas de conduta justa não serão, assim, detalhes concretos, mas traços abstratos de uma ordem factual existente que os homens desejarão aprimorar por terem descoberto ser esses valores condições para a busca eficaz de uma multiplicidade de propósitos diferentes, divergentes e imprevisíveis. As normas visam a garantir certas características abstratas da ordem geral de nossa sociedade, características que desejaríamos ver acentuadas.⁸⁵⁹

Considerando que certas normas surgiriam a partir da necessidade de aperfeiçoamento de um sistema preexistente de normas factualmente observadas, Hayek sustenta a impossibilidade de uma Ciência Jurídica voltada exclusivamente ao estudo de normas.⁸⁶⁰

Segundo as teorizações hayekianas, a coincidência máxima das expectativas encontrar-se-ia relacionada à delimitação dos domínios protegidos pelas normas de conduta.⁸⁶¹

A ordem que permitiria a formação de expectativas com elevada probabilidade de se verificarem seria necessariamente abstrata. Considerando a possibilidade de mudanças imprevisíveis, o que constituiria a base de tal ordem seria o sistema como um todo, e não seus elementos particulares. Quando estes

⁸⁵⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 120.

⁸⁵⁸ HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade* cit. p. 121: “A obediência a normas inadequadas pode perfeitamente tornar-se causa de desordem, e podemos conceber normas de conduta individual que obviamente impossibilitariam a integração de ações individuais numa ordem global.”

⁸⁵⁹ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁶⁰ HAYEK, F. A. *id.* pp. 121-122.

⁸⁶¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 123.

mudam, ao mesmo tempo que algumas expectativas se frustram, permitir-se-ia a formação de novas expectativas.⁸⁶²

Assim, um problema central encontrar-se-ia em delimitar quais expectativas poderiam legitimamente se protegidas pelo Direito e quais não o poderiam. Segundo Hayek, somente um método teria sido descoberto até hoje, consistente em estabelecer uma gama de ações permitidas para cada indivíduo e gamas de objetos de utilização exclusiva de alguns indivíduos com exclusão dos demais.⁸⁶³

Sustenta Hayek que os homens somente seriam capazes de utilizar seus conhecimentos para atingir seus próprios fins sem colisões em um sistema que trace limites claros aos âmbitos de livre ação de cada um.⁸⁶⁴ Assevera, em defesa da propriedade, que

A propriedade, no sentido amplo em que o termo é usado para designar não só coisas materiais, mas (como a definiu John Locke) 'a vida, a liberdade e os bens' de todo indivíduo, é a única solução já descoberta pelos homens para o problema de conciliar a liberdade individual com a ausência de conflito. Direito, liberdade e propriedade constituem uma trindade inseparável. Não pode haver Direito, no sentido de um corpo de normas universais de conduta, que não determine limites dos domínios de liberdade, estabelecendo normas que possibilitem a cada um definir sua esfera de livre ação.⁸⁶⁵

O autor sustenta que a intuição acertada do pensamento político liberal neste sentido preponderou durante amplo lapso temporal, tendo sido contestada apenas em períodos históricos recentes pelo racionalismo construtivista do socialismo a partir de uma suposição de um comunismo primitivo desprovido de lastro a partir das evidências obtidas por pesquisas antropológicas.⁸⁶⁶

⁸⁶² HAYEK, F. A. *id.* pp. 123-124.

⁸⁶³ HAYEK, F. A. *id.* p. 125.

⁸⁶⁴ HAYEK, F. A. *ibid.*: "Boas cercas fazem bons vizinhos". A concepção de Hayek, no particular, parece conceber o papel das ordens como a simples resolução de um problema de simples coordenação, ou seja, como a resolução de uma situação na qual os agentes em interação estratégica seriam indiferentes à regra a ser adotada, mas em que a coordenação, seja qual for, é preferível à sua ausência. Veja-se MACKAAY, Ejan. *L'Analyse Economique du Droit*. Tomo I. *Fondements*. [s.l.]: [s.e.], 2000, capítulo 2, p. 4.

⁸⁶⁵ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 125. Esta defesa intransigente da propriedade privada e de uma visão positiva acerca de seus resultados sociais constitui um ponto de proximidade entre as teorizações hayekianas e as da Análise Econômica do Direito, como se verá.

⁸⁶⁶ HAYEK, F. A. *id.* pp. 125-126.

Defende que a propriedade teria precedido a formação até mesmo das culturas mais primitivas, e, ainda, que a civilização teria evoluído a partir da ordem espontânea de ações possibilitada pela delimitação de domínios protegidos de indivíduos ou grupos.⁸⁶⁷

Recusando a possibilidade de ideais de justiça distributiva inspirarem o Direito, o autor sustenta que o objetivo das normas jurídicas restringir-se-ia a traçar limites que impedissem, tanto quanto possível, a interferência das ações de determinados indivíduos umas nas outras.⁸⁶⁸

Segundo Hayek somente após ser definida a esfera de liberdade de ação de cada um a proibição de ações danosas a outrem ganharia sentido e o Direito somente poderia proporcionar certeza máxima para expectativas quando estabelecesse quais circunstâncias não poderiam ser alteradas pelo indivíduo ou por outrem.⁸⁶⁹ No entanto, reconhece que o estabelecimento de tais liames consistiria uma questão extremamente difícil e ainda parcialmente aberta.⁸⁷⁰

Sustenta o caráter essencialmente negativo das normas de conduta justa, por visarem tão-somente evitar a injustiça, afirmando, ainda, a impossibilidade de uma

⁸⁶⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 126. Veja-se MACKAAY, E. *op. cit.* capítulo 2, pp. 13 e ss. Veja-se, ainda, COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & Economia**. 5. ed. Trad. Luis M. Sander e Francisco A. da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 95.

⁸⁶⁸ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 127: “Elas por si mesmas não podem determinar o resultado que diferentes indivíduos obterão, e tampouco o podem ter por objeto.” HAYEK, F. A., *ibid.* Note-se, aqui, que Hayek esposa uma concepção de justiça formal, e que é possível vislumbrar, ainda, um laço entre o pensamento hayekiano e algumas tendências denominadas procedimentalistas no campo jurídico.

⁸⁶⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 127.

⁸⁷⁰ HAYEK, F. A. *ibid.* Sobre a importância da delimitação dos Direitos de propriedade quanto ao particular, remete-se ao pensamento de Hayek à pág. 127. Um pouco adiante consigna que “a idéia de controle exclusivo só forneceu uma resposta satisfatória à questão nos casos em que tanto o benefício quanto o dano causados pelo uso particular se restringiam ao domínio de interesse exclusivo do proprietário. Tão logo passamos dos bens móveis para os bens imóveis, encontramos uma situação bastante diferente, na qual as ‘externalidades’ e outros efeitos semelhantes tornam muito mais difícil traçar limites apropriados.” HAYEK, F. A. *id.* p. 128. Mais adiante sustenta: “Os ataques socialistas ao sistema de propriedade privada engendraram uma crença muito difundida: a de que nesse sistema os juizes são chamados a defender uma ordem que serve a determinados interesses. Mas o que justifica o sistema de propriedade privada (*several property*) não é o interesse dos proprietários. Esse sistema serve tanto ao interesse daqueles que no momento não são proprietários quanto ao daqueles que o são, visto que o desenvolvimento de toda a ordem de ações em que se funda a civilização moderna só se tornou possível graças à instituição da propriedade.” HAYEK, F. A. *id.* p. 140.

realização plena do ideal de justiça, passível apenas de uma aproximação gradual.⁸⁷¹

Uma das principais linhas de raciocínio de Hayek é aquela que sustenta a impossibilidade de o Direito ter um propósito. Com efeito, alega que o Direito não serviria a qualquer propósito em particular, provendo apenas os meios necessários à consecução de variados propósitos.⁸⁷² Alega que “sem dúvida não foi feito com vistas a algum propósito conhecido; ao contrário, desenvolveu-se porque permitiu aos que agiam em conformidade com ele maior eficiência na busca dos próprios objetivos.”⁸⁷³

Hayek insiste na intersecção entre Direito e Economia para a correta compreensão do primeiro. Para ele, a Economia possibilitaria a compreensão da ordem de ações humanas como ordem espontânea, e sem ela a função das normas de conduta justa seria ininteligível.⁸⁷⁴

Segundo o autor austríaco o principal impacto de tal incompreensão gerada pela separação dos campos do saber teria se verificado no campo da Filosofia do Direito, onde se passaria a conceber erroneamente o Direito como instrumento de organização para a consecução de propósitos específicos.⁸⁷⁵

Hayek não defende a exclusividade da Ciência Econômica em matéria de compreensão da ordem social, sustentando no entanto que apenas aquela ciência teria, até o momento, desenvolvido instrumental técnico e teórico adequado ao estudo das ordens espontâneas⁸⁷⁶, razão de sua superioridade analítica.

⁸⁷¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 128. Como observa Gilmar Antonio Bedin, as normas de conduta justa seriam, para Hayek, “prescrições jurídicas espontâneas, resultantes, não da vontade humana, mas da evolução da sociedade e que, portanto, são normas que não foram criadas pelos homens (...)”.BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 161.

⁸⁷² As concepções hayekianas sustentam uma visão do direito como salvaguarda negativa da liberdade e garantia da ordem de mercado, segundo Bedin. BEDIN, G. A. *id.* p. 162.

⁸⁷³ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 131. Hayek cita David Hume, que sustentara visão similar no sentido de que os benefícios proporcionados pelo Direito adviriam do esquema geral e não de algum resultado particular de sua operação. HAYEK, F. A. *id.* p. 132.

⁸⁷⁴ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁷⁵ HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade cit.* pp. 132-133. Hayek ressalva que tal concepção seria defensável no campo do Direito Público. HAYEK, F. A. *id.* p. 133. Em sua visão o problema se teria agravado, ainda, pela influência da Sociologia no campo jurídico, que teria ressaltado efeitos específicos das normas jurídicas em lugar de sua operação global. HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁷⁶ HAYEK, F. A. *ibid.*

Quanto ao que denomina legislação ou *thesis*, Hayek afirma que os corpos legislativos teriam surgido originalmente para controlar o governo – uma organização – e não para criar o Direito em sentido estrito.⁸⁷⁷

O governo, sendo um aparato criado intencionalmente, não prescindiria, segundo o autor, de normas reguladoras de sua estrutura, seus objetivos e suas funções, especialmente em sociedade mais complexas.⁸⁷⁸ Tais normas seriam distintas das normas de conduta justa:

Serão normas organizacionais, criadas para alcançar fins específicos, suplementar determinações positivas de que se façam coisas específicas ou se obtenham certos resultados, e estabelecer para tanto os diversos órgãos por meio dos quais o governo opera. Serão subsidiárias de determinações que indicam as metas a alcançar e as tarefas dos diferentes órgãos. Sua aplicação a determinado caso dependerá da tarefa atribuída a determinado órgão e dos fins transitórios do governo. E deverão estabelecer uma hierarquia de comando que defina as responsabilidades e a amplitude do poder discricionário dos diversos servidores públicos.⁸⁷⁹

O austríaco afirma que mesmo uma organização cujo único objetivo fosse fazer cumprir as normas de conduta justa ou *nomos* necessitaria de tais normas de organização, constituindo exemplos disso as normas de organização judiciária e as normas processuais.⁸⁸⁰

Sustentando que tais normas confeririam poder aos agentes do governo sobre os recursos materiais e humanos a eles confiados, mas não sobre os cidadãos⁸⁸¹, Hayek afirma que mesmo o monarca absoluto não prescindiria de

⁸⁷⁷ HAYEK, F. A. *id.* pp. 143-144.

⁸⁷⁸ HAYEK, F. A. *id.* pp. 144.

⁸⁷⁹ HAYEK, F. A. *id.* pp. 144-145.

⁸⁸⁰ HAYEK, F. A. *id.* p. 145.

⁸⁸¹ No mesmo sentido, um pouco adiante: “A inquestionável necessidade de um governo que aplique a lei e dirija uma organização que preste muitos outros serviços não significa, em tempos normais, que o cidadão precise ser governado no mesmo sentido em que o governo dirige os recursos humanos e materiais a ele confiados para a prestação de serviços.” HAYEK, F. A. *id.* p. 153. E, mais adiante ainda, sobre as normas de organização: “Seu objetivo é autorizar determinados órgãos a executar determinadas ações com vistas a fins específicos, para o que lhes são destinados determinados meios. Mas numa sociedade livre esses meios não incluem o cidadão.” HAYEK, F. A. *id.* p. 156.

algumas normas de organização e que estaria, ainda, sujeito à observância das normas de conduta justa.⁸⁸²

Diante da inexistência de terminologia adequada a distinguir as normas de conduta justa das normas de organização Hayek utilizará a expressão *thesis* para designar os atos estabelecidos pela autoridade, em contraposição às primeiras, para cuja designação reserva a expressão grega *nomos*.⁸⁸³

Embora em suas origens os parlamentos estivessem ocupados com questões governamentais e assim não tivessem interesse no *lawyer's law*, segundo o autor foi pontualmente alterando este último, conforme os interesses da política governamental, sendo que as leis (*thesis*) teriam o condão de alterar as demais normas gerais, inclusive as normas de conduta justa (*nomos*).⁸⁸⁴ Afirma o autor que

A diferença de significado entre a palavra 'lei', tal como aplicada a *nomos*, e 'lei', tal como utilizada para designar todas as outras *theses* provenientes da legislação, torna-se óbvia se considerarmos quão diferentemente a 'lei' se relaciona com sua aplicação nos dois casos. Uma norma de conduta não pode ser 'posta em prática' ou 'executada' da mesma forma que uma instrução. Pode-se obedecer à norma de conduta ou fazer com que seja obedecida; mas ela simplesmente limita o âmbito da ação permitida e geralmente não determina uma ação específica; e o que ela prescreve nunca se completa, permanecendo uma obrigação permanente para todos. Sempre que falamos em 'executar uma lei, a palavra 'lei' não designa um *nomos* mas uma *thesis* que prescreve ações específicas.⁸⁸⁵

Em consequência disso, sustenta o autor a diversidade de relação entre o "legislador" de *nomos* e aqueles que as devem executar e o legislador de *thesis* e aqueles que as devem executar, aplicando-se as últimas apenas aos integrantes da

⁸⁸² HAYEK, F. A. *id.* p. 145. Segundo Hayek a mais importante expressão de medidas que necessitariam da anuência da cidadania seria a instituição de tributação, sendo esta a origem das instituições parlamentares. HAYEK, F. A. *id.* pp. 145-146. Nas palavras do autor, "os órgãos representativos convocados para esse fim ocuparam-se, pois, desde o início, primordialmente de questões governamentais, não da elaboração de leis no sentido estrito, ainda que também pudessem ser chamados a atestar quais eram as normas de conduta justa reconhecidas. Mas, como a aplicação das leis era considerada a tarefa fundamental do governo, era natural que se viesse a chamar pelo mesmo nome todas as normas que regiam as atividades governamentais. Essa tendência foi provavelmente reforçada pelo desejo dos governos de conferir às suas normas de organização a mesma dignidade e respeito que a *lei* infundia." HAYEK, F. A. *id.* p. 146.

⁸⁸³ HAYEK, F. A. *id.* pp. 146-147. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 161.

⁸⁸⁴ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 147.

⁸⁸⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 148.

organização governamental, diversamente das primeiras, que limitam a liberdade dos membros da sociedade.⁸⁸⁶

Importante frisar que Hayek sustenta que uma *thesis* pode ostentar todas as características de uma *nomos*, mas não necessariamente o fará. No entanto, mesmo que os possua, nem só por isso se tornará uma norma de conduta justa.⁸⁸⁷

Sustentando que o legislativo apenas mais recentemente teria assumido funções de criar normas gerais para além de suas funções de controle governamental, o autor afirma que a afirmação comum de que o governo dirigiria toda a sociedade seria equivocada.⁸⁸⁸

Defende ainda uma relação entre a dicotomia Direito Público e Direito Privado e as categorias de *thesis* e *nomos*, sendo que o Direito proveniente de legislação seria essencialmente o Direito Público, embora reconheça a dificuldade em se traçar uma linha divisória precisa.⁸⁸⁹

O autor observa especialmente que “nos últimos cem anos, foi sobretudo a serviço dos chamados objetivos ‘sociais’ que a distinção entre as normas de conduta justa e as normas de organização dos serviços governamentais foi progressivamente obliterada.”⁸⁹⁰

Embora Hayek considere equivalentes as categoriais Direito Privado e *nomos* bem como Direito Público e *thesis*, adverte que seria errônea a associação do último com o bem comum e do primeiro com os interesses egoístas individuais – segundo o

⁸⁸⁶ HAYEK, F. A. *ibid.*: “O juiz que faz cumprir a lei e orienta a sua aplicação não a ‘executa’ no sentido em que um administrador põe em execução uma medida, ou em que o ‘poder executivo’ é obrigado a cumprir a decisão do juiz.”

⁸⁸⁷ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁸⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 153: “(...) o que na verdade compete ao governo é principalmente propiciar certas condições para a boa administração daqueles serviços que inúmeros indivíduos e organizações prestam uns aos outros. Essas atividades espontaneamente ordenadas dos membros da sociedade sem dúvida poderiam prosseguir, e prosseguiriam, mesmo que todas as atividades próprias do governo cessassem temporariamente. É claro que, em nossos dias, o governo assumiu em muitos países a administração de tão grande número de serviços essenciais, especialmente nas áreas dos transportes e das comunicações, que a vida econômica seria imediatamente paralisada (...).”

⁸⁸⁹ HAYEK, F. A. *id.* p. 154; BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 162. A dificuldade de fazer tal distinção teria aumentado progressivamente segundo o autor, dada a tendência em exigir obediência do governo às normas de conduta justa – Estado de Direito – e a sujeição de particulares a normas voltadas à consecução de propósitos específicos. HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁹⁰ HAYEK, F. A. *ibid.*

autor não são apenas as normas voltadas deliberadamente a propósitos comuns serviriam a necessidades comuns.⁸⁹¹

Para Hayek o predomínio dos publicistas na Filosofia Jurídica e na Jurisprudência seria a causa, entre outros problemas, da hegemonia do positivismo jurídico e de ideologias socialistas e totalitárias.⁸⁹² O Direito Constitucional possuiria, na visão hayekiana, um *status* e uma importância bastante modestos:

Entre as normas que comumente chamamos 'leis', mas que são normas de organização e não de conduta justa, estão em primeiro lugar todas aquelas relativas à distribuição e à limitação dos poderes governamentais compreendidas no Direito constitucional. São comumente consideradas a 'mais elevada' espécie de lei, a que se confere uma dignidade especial ou a que se deve maior reverência do que a qualquer outra. Mas, embora isso possa ser atribuído a razões históricas, seria mais apropriado considerar tais normas uma superestrutura erigida para garantir que o *Direito* seja mantido, e não a origem de todos os outros Direitos, como geralmente se pretende.⁸⁹³

Na ótica do autor, a Constituição existiria para organizar a aplicação do Direito, sendo coadjuvante das normas já existentes, não definindo as leis e a justiça. Afirma ele, ainda, a supremacia do Direito Privado, a partir da observação de que este permanece mesmo quando o Direito Público muda.⁸⁹⁴

Mesmo no que diz respeito ao papel ou à função da Constituição como instrumento de limitação do poder, definindo as propriedades formais de validade de uma lei, a mesma não seria uma norma de conduta justa, mas uma mera norma de identificação – ou reconhecimento –, referindo-se o autor expressamente à Teoria do Direito de H. L. A. Hart.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 155. Sustenta o inverso: “Ao contrário, o que a ordem espontânea da sociedade nos proporciona é mais importante para todos, e portanto para o bem-estar geral, do que a maioria dos serviços específicos que a organização governamental pode prestar, excetuando-se apenas a segurança conferida pela aplicação das normas de conduta justa.” HAYEK, F. A. *id.* pp. 155-156.

⁸⁹² HAYEK, F. A. *id.* pp. 156-157. Para o austríaco a legislação seria típica de sociedades socialistas ou planificadas e concebidas, portanto, como instrumento de realização da vontade dos detentores do poder e como mecanismo de intervenção social. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 162.

⁸⁹³ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 157.

⁸⁹⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 157-158.

⁸⁹⁵ HAYEK, F. A. *id.* p. 158. Para fundamentar suas afirmações, Hayek defende ainda que no âmbito do Direito Financeiro mais do que em qualquer outro ficaria evidente a distinção entre *nomos* e *thesis*, pois o orçamento não conteria, de maneira nenhuma, normas de conduta justa, mas

O austríaco afirma que nem todas as ações regidas pela legislação estariam livres para desrespeitar normas de conduta justa. Hayek encontra uma ilustração no âmbito do Direito Financeiro, afirmando que a determinação de receita tributária suscita questões de justiça como a de saber se um ônus maior desejado pela maioria pode ser imposto à minoria dissidente.⁸⁹⁶

Nesse diapasão, afirma ainda a conveniência de que a intervenção estatal na Economia através dos serviços decorrentes de medidas governamentais de efeitos concretos seja limitada, assim como o monopólio estatal. Esta seria a forma de evitar que o governo influenciasse demasiadamente a ordem material da Economia e, ainda, que os efeitos de certas medidas relativamente a certos grupos ou pessoas se tornassem previsíveis.⁸⁹⁷

O austríaco sustenta que o abandono da noção de que a utilização da coerção em uma sociedade livre somente seria admissível para assegurar a observância das normas de conduta justa fora feito em nome de objetivos sociais, chamando a atenção para a ambiguidade do termo.⁸⁹⁸

Sustenta o autor que sua introdução fora no sentido de eliminação de discriminações introduzidas no Direito por força da influência de certos grupos sociais. Afirma, no entanto, que “isso não significa, contudo, que a única alternativa seja inverter a situação, favorecendo a classe injustamente tratada no passado, e que não haja uma posição ‘intermediária’, na qual o Direito trate ambas as partes do mesmo modo, segundo os mesmos princípios.”⁸⁹⁹

Na ótica hayekiana igualdade de tratamento não implicaria levar em conta se os resultados da aplicação de *nomos* ou normas de conduta justa seriam mais favoráveis a alguns grupos relativamente a outros. Em suas palavras, “a justiça não

apenas disposições sobre os objetivos a serem atingidos com os recursos à disposição do governo e o modo de sua utilização. HAYEK, F. A. *id.* pp. 158-159.

⁸⁹⁶ HAYEK, F. A. *id.* p. 160. Sustenta o autor que “também nesse caso, portanto, as obrigações dos indivíduos deveriam ser regidas por normas gerais, aplicáveis independentemente do montante específico dos gastos que se decidiu fazer – de fato, por normas que deveriam ser inalteravelmente impostas àqueles a quem cabe decidir acerca dos gastos. Vivemos há tanto tempo num sistema em que primeiro se determinam os gastos a fazer e só depois se pensa em quem arcará com o ônus, que raramente percebemos o quanto isso conflita com o princípio básico de que toda coerção deve limitar-se à aplicação de normas de conduta justa.” HAYEK, F. A. *ibid.*

⁸⁹⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 164.

⁸⁹⁸ HAYEK, F. A. *id.* p. 165.

⁸⁹⁹ HAYEK, F. A. *ibid.*

leva em conta os resultados das diversas transações, mas apenas o fato de serem as transações em si mesmas justas ou não.”⁹⁰⁰ Aduz ainda que

(...) justiça pode significar salários ou preços determinados num mercado livre, sem dolo, fraude ou violência; e que, neste sentido específico, em que podemos falar coerentemente de salários ou preços justos, uma transação inteiramente justa pode proporcionar, na verdade, pouquíssimo a uma parte e muito a outra. O liberalismo clássico fundava-se na convicção de que havia princípios de conduta justa suscetíveis de ser descobertos e universalmente aplicáveis, os quais podiam ser reconhecidos como justos independentemente dos efeitos da sua aplicação a grupos específicos.⁹⁰¹

Observa ainda que a expressão “legislação social” comumente significa a prestação de certos serviços pelo governo em favor de grupos desfavorecidos. Hayek pondera que uma comunidade próspera poderia decidir estabelecer tais serviços, seja por razões morais seja em função de promover segurança contra contingências que poderiam afetar qualquer pessoa. Afirma, ainda, que isso não seria incompatível com as normas de conduta justa, embora aumentasse a necessidade de exações tributárias.⁹⁰² Afirma o autor ser contra outro tipo de “legislação social” que se insurgiria, pois, segundo ele

Há, no entanto, um terceiro tipo de legislação ‘social’. Seu objetivo é orientar a atividade privada para fins específicos e em benefício de grupos específicos. Foi em decorrência desses esforços, inspirados pela miragem da ‘justiça social’, que se deu a transformação gradual das normas de conduta justa independentes de propósito (ou as normas do Direito privado) em normas organizacionais dependentes de propósito (ou normas de Direito público). Essa busca de ‘justiça social’ impôs aos governos a necessidade de tratar o cidadão e sua propriedade como um objeto a ser administrado no intuito de assegurar determinados resultados a determinados grupos. A legislação não pode alcançar objetivos tais como os de garantir salários mais elevados a determinados grupos de trabalhadores, rendas mais elevadas a pequenos agricultores, ou melhores condições de habitação aos

⁹⁰⁰ HAYEK, F. A. *ibid.*: “As normas de conduta justa não podem alterar o fato de que, com um comportamento perfeitamente justo de ambas as partes, a baixa produtividade do trabalho em alguns países produzirá uma situação em que os salários pelos quais todos podem obter emprego serão muito baixos – e, ao mesmo tempo, o retorno sobre o capital será muito alto – e em que salários mais altos só poderiam ser assegurados a alguns por meios que impediriam outros de encontrar qualquer emprego.”

⁹⁰¹ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁹⁰² HAYEK, F. A. *id.* pp. 165-166. Isso porque a existência de tais serviços não tornaria por si só o cidadão um objeto da administração: “ele continuaria tendo liberdade de usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos, não ficando obrigado a servir às finalidades de uma organização.” HAYEK, F. A. *id.* p. 166.

pobres das cidades mediante o aperfeiçoamento das normas gerais de conduta.⁹⁰³

Segundo o autor tal tipo de legislação teria destruído os atributos que caracterizariam as normas de conduta justa, especialmente a igualdade de todos perante as normas. Nesse diapasão, critica legislação protetiva de entidades sindicais na Inglaterra e decisões análogas da Suprema Corte norte-americana, assim como o *New Deal*.⁹⁰⁴

Como se pode perceber, as concepções de Direito e Legislação de Hayek prendem-se às suas concepções de justiça. No segundo volume de Direito, Legislação e Liberdade, o austríaco coteja a justiça formal por ele proposta com a justiça social por ele combatida.⁹⁰⁵

Como observa Gilmar Antonio Bedin a questão fundamental para distinguir entre justiça formal, negativa ou comutativa e justiça social ou distributiva, no pensamento de Hayek, consiste no propósito ou fim das normas.⁹⁰⁶

Para Hayek a justiça formal, única verdadeira justiça, é realizada através de um Direito destituído de qualquer propósito em particular, provendo a consecução de variados propósitos, constituindo-se em uma condição para sua consecução.⁹⁰⁷ Essa concepção de justiça constitui-se em uma justiça de meios, e não de fins, traduzindo-se na aplicação igualitária de normas de conduta justa ou nomos.⁹⁰⁸

A noção de justiça social, calcada na compreensão da sociedade como uma organização, caracteriza-se por normas provenientes de legislação e dirigidas a propósitos específicos, notadamente a redistribuição equitativa de riqueza e bens, esta justiça de fins, e não de meios, é rechaçada por Hayek.⁹⁰⁹

⁹⁰³ HAYEK, F. A. *ibid.*

⁹⁰⁴ HAYEK, F. A. *id.* pp. 166-167. Critica o autor especialmente a tendência de substituição do Direito Privado pelo Direito Público. HAYEK, F. A. *id.* p. 167.

⁹⁰⁵ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. II cit. pp. 35 e ss. Veja-se especialmente os Capítulos 8 e 9. BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 163.

⁹⁰⁶ BEDIN, G. A. *ibid.*

⁹⁰⁷ BEDIN, G. A. *id.* pp. 162-163.

⁹⁰⁸ BEDIN, G. A. *id.* p. 164.

⁹⁰⁹ BEDIN, G. A. *ibid.* HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. II *cit.* pp. 79 e ss. “O fato da justiça social pressupor uma justiça de fins e não de meios é justamente o que a torna –

Em síntese, vê-se que Hayek utiliza-se de dois itinerários argumentativos para sustentar suas concepções acerca do Direito. Por um lado, parte das limitações cognitivas humanas e da complexidade da realidade para sustentar uma crítica feroz à planificação, conceito dentro do qual insere realidades bastante diversas, como os regimes socialistas do leste europeu e os Estados de bem-estar social da Europa ocidental.

De outro lado, parte do valor da liberdade para criticar severamente as mesmas tendências coletivistas, argumentando a existência de uma contradição insolúvel entre as mesmas e os ideais socialistas em sentido amplo.

Com tais fundamentos – poder-se-ia denominar argumento gnoseológico ao primeiro e argumento ético ou político o segundo –, e apoiado em outros elementos, como o evolucionismo, Hayek sustenta a distinção entre ordem espontânea e ordem feita, e entre *nomos* e *thesis*, assim como entre Direito – ou normas de conduta justa – e legislação.

Defende uma superioridade intrínseca da ordem espontânea e das normas de conduta justa sobre as ordens feitas e as normas oriundas da legislação, e sustenta a impossibilidade de se conferir finalidades às ordens espontâneas bem como às normas de conduta justa, sem destruí-las.

Propugna uma concepção de Direito como normas de conduta indiferentes a valores e a finalidades, que seriam justas por sua simples operação e pela possibilidade de formulação de expectativas verossímeis pelos membros de uma sociedade, independentemente dos resultados que produzam – quaisquer que sejam.⁹¹⁰

Rechaça, assim, completamente, aquilo que denomina de “miragem da justiça social”, recusando veementemente qualquer valor a intuits inspirados por justiça distributiva ou vinculados ao objetivo de um aumento da equidade, no sentido de

segundo Hayek – inaceitável, pois é esta característica que viu a constituir o cavalo de Tróia por cujo intermédio o totalitarismo se introduziu nos sistemas sociais contemporâneos. Portanto, justiça como justiça social é uma falsa justiça, ou seja, uma justiça que, se for reconhecida, conduzirá ‘necessariamente as [sociedades] a uma crescente aproximação com o sistema totalitário.’ BEDIN, G. A. *op. cit.* pp. 104-105.

⁹¹⁰ Nesse sentido o austríaco dá continuidade a uma corrente de pensamento que já era denunciada, quanto a tal característica, pelo próprio Keynes. Discorrendo sobre o predomínio do pensamento de Ricardo na economia clássica, o autor afirma que um dos motivos de seu êxito fora “o fato de poder explicar muitas injustiças sociais e crueldades aparentes como incidentes inevitáveis na marcha do progresso, e de poder mostrar que a tentativa de modificar esse estado de coisas tinha, de modo geral, mais chances de causar danos que benefícios.” KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 34.

distribuição de recursos na sociedade, pregando uma aceitação incondicional aos resultados gerados pela operação do que considera ordens espontâneas e normas de conduta justa.

Ao fim e ao cabo, embora dotada de nova complexidade e de novos aportes proporcionados pela Teoria da Informação, pela Antropologia e pela Economia, o pensamento hayekiano revela-se mais uma orientação teórica pertencente a uma ampla gama de orientações teóricas ou ideológicas avessas à ideia da promoção de justiça distributiva e de justiça social através do Estado e do Direito.⁹¹¹

Analisados brevemente os principais aspectos do pensamento de Hayek sobre o Direito, resta incursionar pelo movimento Direito e Economia e pela denominada Análise Econômica do Direito em geral, bem como pelas teorizações da Escola de Chicago e de Richard Posner, para se poder avaliar outra das mais importantes concepções correntes do Direito a partir da Economia.

2.20 MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS* E A ESCOLA DE CHICAGO

2.2.1 Direito e Economia: origens e desenvolvimento

No intuito de explorar algumas das principais visões do Direito a partir da ótica econômica, explorar-se-á neste tópico uma das expressões mais relevantes da compreensão do Direito a partir da Economia, qual seja, a denominada Análise Econômica do Direito, especialmente na vertente da denominada Escola de Chicago.

A Análise Econômica do Direito pode ser vislumbrada em uma dupla perspectiva, como se verá com maior detalhe no decorrer do presente tópico. De um lado, constitui um *movimento* composto por várias Escolas de pensamento que propugnam a aplicação do instrumental teórico, analítico e metodológico da Economia aos fenômenos jurídicos. Nesta acepção a denominação *Law &*

⁹¹¹ BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 165.

Economics ou Direito e Economia parece mais apropriada, por referir-se ao movimento.

De outro lado, pode ser compreendida também como um método interdisciplinar de estudo do Direito a partir do instrumental metodológico e das categorias oriundas do pensamento econômico, parecendo ser neste sentido mais apropriada a expressão Análise Econômica do Direito. De qualquer modo, há que se reconhecer que, na prática, existe grande fungibilidade entre as expressões.

A Análise Econômica do Direito consistiria essencialmente na aplicação de instrumental teórico, analítico e metodológico da Ciência Econômica às leis, decisões judiciais e instituições jurídicas. Assim, de acordo com José Ramón Cossío Díaz "com a expressão 'análise econômica do direito' pode-se designar, em sentido geral, toda análise que se faça do direito a partir das categorias econômicas ou, em um sentido mais estrito, a análise do direito que se faça a partir de categorias econômicas específicas (...)." ⁹¹²

Segundo Giulio Napolitano e Michele Abrescia, a Análise Econômica do Direito poderia ser definida de maneira geral como

(...) um método interdisciplinar aplicado para estudar os fundamentos lógico-econômicos das normas jurídicas e para avaliar, inclusive sobre fundamentos quantitativos, seus efeitos. A análise econômica pode, assim, ajudar a compreender de que forma as normas devam ser redigidas e interpretadas para se atingir determinados objetivos, e como os comportamentos humanos reagem aos incentivos e aos desincentivos introduzidos por aquelas normas. ⁹¹³

⁹¹² COSSÍO DÍAZ, J. R. **Derecho y análisis económico**. Cidade do México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997, p. 225. Tradução livre do autor.

⁹¹³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 15. Tradução livre dos autores. Esclarece Paulo Caliendo: "A análise econômica do Direito em sentido descritivo trata da aplicação de conceitos e métodos não jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas (...). Há, por outro lado, a análise econômica do Direito que pretende não apenas descrever o Direito com conceitos econômicos, mas encontrar elementos econômicos que participam da *regra de formação* da teoria jurídica. Desse modo, os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisadas (sic) tomando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência, entre outros."(destaques do original). CALIENDO, P. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 15.

Robert Cooter e Thomas Ullen explicitam que com a expansão da análise econômica na área jurídica para além de seu âmbito tradicional de mercado⁹¹⁴ a partir da década de 60 do século XX, “a Economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento”.⁹¹⁵ Ou seja, com o desenvolvimento desta tendência, a Economia passa a fornecer uma teoria comportamental que visa prever a reação das pessoas às normas jurídicas⁹¹⁶, bem como um padrão normativo útil para a avaliação de políticas públicas.⁹¹⁷ Ejan Mackaay, por sua vez, evidencia que

A Análise Econômica do Direito (...) parte da premissa de que os instrumentos de análise que se utilizam para compreender o 'Direito Econômico' são igualmente aplicáveis aos demais ramos do direito. Ela propõe, portanto, a partir de uma concepção de ser humano e de suas relações com os outros, uma releitura do Direito como um todo. Ela busca evidenciar a 'Economia do Direito'.⁹¹⁸

Com efeito, o que alguns denominaram imperialismo da Ciência Econômica, como se verá, teve o condão de contribuir com uma teoria comportamental – embora simplista – que tenta possibilitar a explicação e até certo ponto a previsão dos efeitos das normas e instituições jurídicas sobre o comportamento humano – o que é feito a partir do instrumental fornecido pela microeconomia.

É necessário advertir, no entanto, que a pretensão de algumas correntes do movimento não se exaure aqui. Há algumas tendências que ostentam projetos mais ambiciosos e que pretendem que a Análise Econômica revele algo de mais profundo acerca do Direito, para alguns seus próprios fundamentos, que seriam precipuamente econômicos. Ainda segundo o professor canadense

A Análise Econômica do Direito busca remontar à razão de ser das instituições jurídicas. Ela postula que as instituições jurídicas ostentam uma racionalidade subjacente uniforme e propõe as ferramentas conceituais para

⁹¹⁴ Qual seja, a legislação antitruste, setores objeto de regulamentação, âmbito tributário e, ainda, no cálculo de indenizações monetárias. COOTER, R.; ULEN, *op. cit.* p. 23.

⁹¹⁵ COOTER, R.; ULEN, T. *id.* p. 25.

⁹¹⁶ COOTER, R.; ULEN, T. *Ibid.*

⁹¹⁷ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 26.

⁹¹⁸ MACKAAY, E. *op. cit.*, p. 7. Tradução livre do autor.

evidenciá-los. A Análise Econômica do Direito não se limita aos aspectos 'econômicos' no sentido restrito relativo ao comércio, à moeda, aos bancos e à concorrência. Ela não busca tampouco os traços de um cálculo de custo-benefício que se encontraria na decisão judicial ou administrativa. Contrariamente, ela crê poder explicitar uma lógica da qual os decisores não teriam necessariamente consciência e não expressariam na fundamentação de suas decisões. Nisso a Análise Econômica do Direito encampa a nobre missão da doutrina nos sistemas civilistas. Trata-se da missão de descobrir e compreender melhor, bem como, através da interpretação dos conceitos, estender sua lógica aos diferentes fatos novos suscetíveis de apresentarem-se.⁹¹⁹

Para certas correntes da Análise Econômica do Direito, mesmo as decisões judiciais, por exemplo, conscientemente ou não teriam fundamentos econômicos, e a teoria econômica serviria como instrumento útil na interpretação das normas jurídicas, em sua aplicação, bem como na avaliação dos efeitos da decisão.⁹²⁰

Das definições mencionadas nota-se que diversos podem ser os graus de ambição de diferentes projetos envolvendo a Análise Econômica do Direito, desde a simples tentativa de diagnose dos efeitos de normas e instituições jurídicas sobre a eficiência econômica e de prognose do comportamento humano racional diante de uma norma jurídica ou decisão judicial até a tentativa de explicação dos fundamentos de normas e instituições jurídicas.

Há tendências ainda mais ambiciosas, como aquelas que visam fornecer uma Teoria da Justiça ou uma Teoria da decisão judicial calcada em critérios como a eficiência econômica e a maximização da riqueza, como se verá.

Portanto, há que se distinguir estes programas, bastante diversos entre si, para que se possa fazer uma adequada avaliação das eventuais potencialidades e dos eventuais problemas que envolvem a Análise Econômica do Direito.

A relevância teórica e prática do movimento Direito e Economia é bastante reconhecida. Bruce Ackerman considera que o movimento denominado Análise

⁹¹⁹ MACKAAY, E. *id.* p. 8. Tradução livre do autor.

⁹²⁰ A Análise Econômica do Direito contaria com um componente diagnóstico, um componente prognóstico e um componente normativo. O primeiro buscaria analisar os efeitos de normas ou instituições jurídicas existentes sobre a eficiência e a distribuição; o segundo, prognosticar os efeitos de uma mudança pretendida no sistema jurídico e, por fim, o componente normativo, fazer julgamentos e recomendações. Como se verá, em um dos extremos do amplo espectro que compõe o *Law & Economics Movement*, sustenta-se a maximização da riqueza até mesmo como critério ético e de justiça.

Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law* ou simplesmente *Law & Economics*) constituiria o desenvolvimento mais relevante da Ciência Jurídica no século XX.⁹²¹

De acordo com Robert Cooter e Thomas Ulen, a Economia teria mudado a natureza da Ciência Jurídica, a compreensão acerca de normas e instituições jurídicas e até a prática do Direito.⁹²²

Ejan Mackaay, por sua vez, considera que o movimento constituiria a corrente intelectual que mais intensamente teria marcado o mundo jurídico americano no último quartel do século XX⁹²³, enquanto Fernando Araújo afirma que o movimento constituiria “a mais bem sucedida corrente jurídica norte-americana da segunda metade do século XX.”⁹²⁴

Com efeito, tal movimento tem inegáveis méritos em termos de inovação teórica, analítica e metodológica na análise do Direito, das normas e instituições jurídicas, bem como de impacto sobre o pensamento jurídico como um todo. O que não significa, contudo, que não apresente problemas, alguns deles bastante severos.

As origens recentes da Análise Econômica do Direito remontam ao final da década de 1950 e início da década de 1960⁹²⁵, nos Estados Unidos da América, a despeito de precedentes históricos mais antigos, como os apontados por Giulio Napolitano e Michele Abrescia, bem como por Richard Posner.⁹²⁶ De acordo com Ejan Mackaay, o movimento teria dois ancestrais:

⁹²¹ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 24.

⁹²² COOTER, R.; ULEN, T. *ibid.*

⁹²³ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 8.

⁹²⁴ ARAÚJO, F. **Análise Econômica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p.19.

⁹²⁵ ARAÚJO, F. *id.* p. 15; COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 23.

⁹²⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 18. POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, pp. 25-26, nota de rodapé n. 2. Os primeiros referem-se a alguns estudos pioneiros realizados nesta seara na Alemanha do século XIX e o último menciona os trabalhos precursores de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794) e de Jeremy Bentham entre o final do século XVIII e o início do século XIX. Ejan Mackaay afirma sobre a ideia de recorrer aos conceitos econômicos para compreender melhor o Direito: "pode-se fazer

O primeiro seria uma corrente econômica, às vezes denominada imperialismo econômico, que buscaria desde os anos 1950 aplicar as ferramentas da análise econômica fora dos domínios tradicionais da Ciência Econômica: os fenômenos políticos, a discriminação, a família, as relações não-mercantis e outras. O outro ancestral da análise econômica do direito é um movimento jurídico do entre guerras, denominado Realismo Jurídico (*Legal Realism*), cujos partidários consideravam que 'a Ciência Econômica e a Sociologia não constituiriam apenas disciplinas auxiliares, mas integrariam de algum modo o direito.⁹²⁷

Em sua origem mais recente, portanto, são seminais os estudos de Gary Becker, reputado o iniciador do movimento de aplicação do instrumental econômico para a análise de fenômenos extramercado, Anthony Downs, James McGill Buchanan Junior, Gordon Tullock, Mancur Olson, entre outros.⁹²⁸

Dignos de grande destaque, ainda, os estudos de Ronald Coase, com a publicação do artigo *O Problema do Custo Social*, do ano de 1960, e Guido Calabresi, *Algumas reflexões sobre a distribuição do risco e a responsabilidade civil (Law of Torts)*, do ano seguinte.⁹²⁹

Mackaay ensina que o movimento Direito e Economia surgido nos Estados Unidos da América teria conhecido quatro fases ao longo de sua história, a saber, a fase da deflagração, entre 1957 e 1972, a fase da aceitação do paradigma de 1972 a 1980, a fase da discussão acerca dos fundamentos, de 1980 a 1982 e, finalmente, a fase da fragmentação do movimento, após o ano de 1982.⁹³⁰

remontar a Maquiavel, a Hobbes e a Locke, bem como aos pensadores escoceses do Século das Luzes. No século XIX houve na Europa todo um movimento em prol da unificação do Direito e da Economia." Tradução livre do autor. MACKAAY, E. *op. cit.* p. 8.

⁹²⁷ MACKAAY, E. *id.* p. 9. Tradução livre do autor.

⁹²⁸ Gary Becker estudou a discriminação racial a partir de uma ótica econômica, Anthony Downs buscou desenvolver uma teoria econômica da democracia, Buchanan e Tullock buscaram analisar as instituições políticas e constitucionais a partir de um cálculo de custo benefício e do individualismo metodológico, Mancur Olson estudou a racionalidade da ação coletiva, entre outros estudos relevantes vindos à lume a partir do ano de 1957.

⁹²⁹ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 23. ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 15. CALIENDO, P. *op. cit.* p. 14; POSNER, R. **Economic Analysis** cit. p. 25.

⁹³⁰ MACKAAY, E. p *op. cit.* 19.

A primeira fase, segundo Mackaay, caracteriza-se pelo início da aplicação de conceitos e teorias econômicas fora de seu domínio tradicional. Recorda o autor que no ano de 1957, Anthony Downs formula sua teoria econômica da democracia e, no mesmo ano, Gary Becker elabora uma tese sobre a Economia da discriminação. No ano de 1962, James Buchanan e Gordon Tullock publicam seu estudo sobre Economia Política Constitucional, e em 1965 Mancur Olson publica estudos sobre a análise da lógica da ação coletiva.⁹³¹

O autor evidencia que grande parte deste impulso inicial teve seu berço na Universidade de Chicago⁹³², que desde o ano de 1958 publica o *Journal of Law and Economics*. O fato mais significativo foi a publicação, por Ronald Coase, de um artigo em que expunha sua teoria sobre o custo social, no ano de 1960.⁹³³

Outros que realizam pesquisas e fazem publicações no novo campo neste momento inicial são Armen Albert Alchian, Harold Demsetz, Eirik Furubotn, Svetozar Pejovich, Henry Manne, Steven Cheung e Guido Calabresi.⁹³⁴ Nesta primeira fase, observa Mackaay, os estudiosos são essencialmente economistas, com exceção da figura proeminente de Guido Calabresi.⁹³⁵

Na segunda fase do movimento, verificada segundo Mackaay no período que vai de 1972 a 1980, ocorre, enfim, a aceitação da análise econômica entre os juristas. De se observar que é nesta fase, em 1972, que se dá o advento da obra

⁹³¹ MACKAAY, E. *id.* pp. 09-10.

⁹³² Com efeito, como se verá, a história da AED e da Escola de Chicago quase se confundem em um primeiro momento.

⁹³³ MACKAAY, E. *id.* p. 10. Coase foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia por este estudo, no ano de 1991.

⁹³⁴ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 11. De fato, o estudo de Calabresi um marco na história do movimento.

⁹³⁵ MACKAAY, E. *ibid.* Como ensina Araújo: “Dir-se-á em síntese que, por todo o impacto que tem tido, a ‘*Law and Economics*’ teve uma origem relativamente modesta e sem grande alarido, demorando cerca de um decênio a adquirir a sua proeminência de respeitabilidade, ingressando nos planos de estudos das Faculdades de Direito, modificando a terminologia econômica e jurídica e forçando um número crescente de juristas a abandonarem o estilo mais estritamente dogmático e exegético, mais consonante com o preconceito não-analisado da auto-suficiência da ordem jurídica.” ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 16.

que será revolucionária no campo, a saber, *Economic Analysis of Law*, de Richard Allen Posner.⁹³⁶

A partir deste momento algumas universidades norte-americanas vanguardistas passam a desenvolver estudos de Análise Econômica do Direito, e um grupo de juristas a dedicar-se a seu estudo. Outro fato relevante para a difusão do movimento, nesta segunda fase, é o lançamento do *Journal of Legal Studies*, cujo editor chefe é o próprio Posner.⁹³⁷

A partir desta fase os estudos conhecem um crescimento vertiginoso e em dez anos, segundo Mackaay, já existem milhares de artigos sobre a temática, abrangendo a análise econômica de inúmeros campos do Direito. É um momento de aceitação do paradigma, e nele, eventuais vozes discrepantes não chegam a perturbar o movimento, de acordo com a avaliação do professor canadense.⁹³⁸

Além disso, como observa o mesmo, a Análise Econômica do Direito começa a surtir efeitos fora do âmbito acadêmico, seja orientando a política governamental quanto à regulamentação ou desregulamentação, seja pela paulatina aceitação, pelos tribunais, de argumentos econômicos acerca dos efeitos de suas decisões.⁹³⁹

O período de 1980 a 1982 é marcado por um intenso debate acerca dos fundamentos da Análise Econômica, instaurado por um movimento de reação em face da mesma. Passa-se a discutir quais as reais contribuições da nova abordagem

⁹³⁶ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 12.

⁹³⁷ MACKAAY, E. *ibid.*

⁹³⁸ MACKAAY, E. *ibid.* Como observa o autor: "O movimento da Análise Econômica do Direito impôs-se em alguns anos, nas melhores faculdades de direito norte-americanas, como uma corrente de pensamento de primeira grandeza, e mesmo como a principal força de renovação na Teoria do Direito. A maior parte das faculdades de direito oferecem cursos sobre a Análise Econômica do Direito. Mesmo cursos clássicos como direitos reais (*property*), obrigações (*contracts*) e responsabilidade civil (*torts*) encontram-se transformados, considerando os professores titulares dessas cadeiras ser impossível se limitar ao direito positivo, sendo necessário adicionalmente propiciar aos estudantes instrumentos – econômicos – capazes de determinar se o direito é adequado, se cumpre sua missão. Diversas faculdades de direito contratam economistas como professores, exclusivamente ou em parceria (*cross appointment*) com o departamento de Ciências Econômicas." MACKAAY, E. *id.* p. 13. Tradução livre do autor.

⁹³⁹ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 13. No mesmo sentido Cooter e Ulen: "O impacto do novo campo vai além das universidades, estendendo-se à prática do Direito e à implementação de políticas públicas." COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 24.

para o campo jurídico, bem como se a mesma realmente constitui uma nova Teoria do Direito.⁹⁴⁰

Como evidencia Ejan Mackaay, neste período de discussão acerca dos méritos do movimento e de suas premissas, uma das questões centrais do debate consiste na seguinte: "a atribuição de direito pode ser deduzida de considerações acerca da eficiência ou devemos, para tornar determinável a própria noção de eficiência, fixar previamente ao menos alguns direitos fundamentais?"⁹⁴¹

Como observa Mackaay, tal situação origina dificuldades teóricas variadas para o movimento, colocando-o em um dilema.⁹⁴² Este período de debate é a origem do esfacelamento do movimento em várias orientações, que se verifica a partir do ano de 1982, o que não significa, por outro lado, uma diminuição na produção no campo.⁹⁴³

Ao lado da corrente principal surge outra, inspirada na Escola Austríaca, em Carl Menger, Joseph Alois Schumpeter (1883-1950), Ludwig von Mises, Friedrich Hayek, Israel Meir Kirzner.⁹⁴⁴ Como observa Mackaay

Esta Escola enfatiza a subjetividade dos valores, a incerteza fundamental inerente a toda atividade econômica e a consequente inviabilidade de economias planejadas e das social-democracias que a elas se assemelham. Sobre o plano econômico, tal posição conduz a estudos acerca da inovação e do empreendedorismo, mais do que sobre equilíbrios econômicos que tomam como ponto de partida os economistas neoclássicos.⁹⁴⁵

⁹⁴⁰ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 13. A crítica vem de variados campos e a defesa é desempenhada principalmente por Posner, que contrapõe-se a adversários os mais variados como filósofos, jusnaturalistas, libertários, economistas da Escola austríaca, economistas neoclássicos, entre outros. MACKAAY, E. *ibid.*

⁹⁴¹ MACKAAY, E. *id.* pp. 13-14. Tradução livre do autor.

⁹⁴² MACKAAY, E. *id.* p. 14.

⁹⁴³ Como observa Ejan Mackaay, Posner se torna juiz de apelações em 1981 e continua a publicar intensamente. No ano de 1985 surge na Universidade de Yale um novo periódico, o *Journal of Law, Economics & Organization*, dirigido por Oliver Williamson. Cooter e Ulen publicarão sua obra *Law & Economics* em 1988. MACKAAY, E. *id.* p. 15.

⁹⁴⁴ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 15. A atribuição do Prêmio Nobel a Hayek no ano de 1974 impulsionou a orientação.

⁹⁴⁵ MACKAAY, E. *id.* pp. 15-16. Tradução livre do autor.

Aspectos fundamentais dessa orientação já foram rapidamente vislumbrados no presente Capítulo a partir do pensamento hayekiano. Além dessa orientação rival à *mainstream*, outras têm surgido, como a *Public Choice Theory*,⁹⁴⁶ o *Behavioral Law & Economics*⁹⁴⁷, entre outros, originando-se diversas Escolas rivais.

A despeito disso, a Análise Econômica do Direito, em suas diversas variantes, tem conhecido grande desenvolvimento, com um crescente número de estudos e publicações, aumento de estudiosos a ela dedicados, aumento de programas de pesquisa e assim por diante.⁹⁴⁸

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, a amplitude do impacto da Análise Econômica do Direito revela-se, entre outros indicadores, pelo fato do surgimento de programas conjuntos de pós-graduação em Direito e Economia, pela publicação de periódicos parcial ou inteiramente dedicados ao tema, bem como por constituir a orientação mais citada nos artigos das revistas científicas norte-americanas na atualidade.⁹⁴⁹

Revela-se, ainda, pelo surgimento de associações voltadas à temática do Direito e Economia na Ásia, na Europa, no Canadá, nos EUA, na América Latina e na Austrália, e, ainda, pelos Prêmios Nobel de Economia conferidos aos fundadores Ronald Coase e Gary Becker, em 1991 e 1992, respectivamente, bem como pelo fato de que vários pesquisadores de destaque em Direito e Economia terem se tornado juízes federais nos EUA.⁹⁵⁰

⁹⁴⁶ MACKAAY, E. *id.* p. 16.

⁹⁴⁷ ENGLERTH, M. L'analyse économique et comportementale du droit. In: **Problèmes Économiques** n. 2.872, março 2005, pp. 23 e ss.

⁹⁴⁸ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 24. "Por volta do final dos anos 1990, viu-se surgir várias publicações visando consolidar o saber em matéria de Análise Econômica do Direito, sob a forma de enciclopédias, de dicionários ou de coletâneas constituídas por artigos clássicos. Tais publicações indicam que a Análise Econômica do Direito integra a doutrina jurídica nos países de língua inglesa." Tradução livre do autor. MACKAAY, E. *op. cit.* pp. 16-17.

⁹⁴⁹ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* pp. 24-25.

⁹⁵⁰ COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* pp. 24-25. Os autores citam Richard Allen Posner, Frank Easterbrook, Guido Calabresi, Douglas Ginsburg, Robert Bork e Alex Kozinski. COOTER, R.; ULEN, T. *id.* p. 25.

Naturalmente, um movimento de tamanho impacto teórico e mesmo prático não ficaria confinado ao âmbito de seu país de origem, os EUA. Assim, há que se registrar ainda que a Análise Econômica do Direito desde cedo conheceu difusão por outros países.

Já na década de 1970 manifesta-se o interesse pelo movimento em países como a Austrália, o Canadá, a Inglaterra e a Suécia, sendo fundada em 1981 a *International Review of Law and Economics* na Inglaterra.⁹⁵¹

Em França o movimento começa a ser objeto de estudos também em meados da década de 1970, sendo precursoras as obras de Henri Lepage e as coletâneas organizadas por Jean-Jacques Rosa e Florin Aftalion. Segundo Mackaay, em seguida a recepção da AED na Europa continental se deu através dos países de língua alemã, havendo uma grande profusão de publicações e traduções nos anos 1980.⁹⁵²

Além da Europa, a Análise Econômica paulatinamente vem ganhando os outros continentes e países em grande profusão, em um processo que ainda não cessou.

Por outro lado, e não poderia ser diferente, a Análise Econômica do Direito continua a suscitar debates e dissensões importantes⁹⁵³, com figuras de grande relevo em ambos os lados, defendendo seus méritos ou apontado suas fragilidades – rememore-se, apenas a guisa de exemplo, o debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin (1931-2013).

Observe-se ainda outro fator relevante para a compreensão dos debates em torno dos problemas da AED, qual seja, o fato de que seus resultados variarem

⁹⁵¹ MACKAAY, E. *op. cit.* p.17.

⁹⁵² MACKAAY, E. *id.* pp. 17-18. Na França, são dignos de nota, ainda, de acordo com o autor, os trabalhos de Christian Atias, Alain Strowell, Jacques Garelo, Jean-Pierre Centi e, enfim, pela criação do programa Erasmus no ano de 1991, reunindo as universidades de Gand, d'Aix-Marseille III, Hambourg, Madrid, Manchester, Oxford, Paris-Dauphine e Rotterdam. MACKAAY, E. *id.* p. 18.

⁹⁵³ FERREY, S. **Une histoire de l'analyse économique du droit** : calcul rationnel et interprétation du droit. Bruxelles: Bruylant, 2008, pp. 6-7; ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 27; CALIENDO, P. *op. cit.* p. 16; POSNER, R. **Economic Analysis** *cit.* p. 29. Cite-se, apenas à guisa de exemplo mais evidente, as críticas de Ronald Dworkin e de Herbert L. A. Hart.

bastante de área para área, de modo que sua aplicação em campos diversos do Direito revelam resultados bastante díspares.⁹⁵⁴

Importante observar desde logo constituir uma impropriedade flagrante referir-se ao *Law & Economics* como uma Escola, posto inexistir uma orientação teórica, analítica e metodológica minimamente uniforme que pudesse justificar tal visão.

A rigor, perfilha-se aqui o entendimento daqueles que interpretam o mesmo como um *movimento* que propugna a aplicação do instrumental da Ciência Econômica para o estudo do Direito e que, em função de sua heterogeneidade, deve ser considerado como composto por várias Escolas de pensamento de matiz bastante variado.

Assim, ao lado daquilo que se poderia denominar ortodoxia ou *mainstream* do *Law and Economics Movement*, a Escola de Chicago⁹⁵⁵, existem várias outras Escolas, constituídas por diferentes orientações e que se revelam inconfundíveis com a corrente principal do movimento.

Entre as várias perspectivas poder-se-ia destacar com especial atenção a *Escola de Chicago*, a *Public Choice Theory*, a *Escola de New Haven*, a *Nova Economia Política*, a *Comparative Law & Economics*, a *Behavioral Law & Economics*, entre outras.⁹⁵⁶

A simples existência das várias correntes de pensamento dentro do movimento da Análise Econômica demonstra fissuras ou cisões que evidenciam que a corrente principal não é inquestionável, como se verá.⁹⁵⁷

Assim, convém se realizar uma breve incursão na história do movimento Direito e Economia e nas características algumas das principais Escolas que

⁹⁵⁴ A título de exemplo, para uma apreciação crítica da Análise Econômica do Direito no âmbito do Direito Tributário, veja-se CALIENDO, P. *op. cit.*

⁹⁵⁵ Como observa Samuel Ferey, entre as décadas de 1960 e 1980 a história da Escola de Chicago confunde-se, em grande medida, com a história da própria Análise Econômica do Direito. FERREY, S. *op. cit.* p. 03. Após a década de 1980, como visto, o movimento se fragmenta.

⁹⁵⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 23.

⁹⁵⁷ Com efeito, Samuel Ferey, fala em uma crise do paradigma unificador de Chicago como origem dessas variadas orientações. FERREY, S. *op. cit.* p. 07.

integram o mesmo, com vistas a demonstrar diferenças importantes em sua orientação.

2.2.1.1 Escola de Chicago

A Escola de Chicago constitui a mais célebre orientação teórica do *Law & Economics Movement*, nascendo na década de 1960 na Universidade homônima, fruto principalmente dos trabalhos de Gary Becker e de Ronald Coase.⁹⁵⁸

A Escola utiliza de maneira ampla o instrumental microeconômico para estudar os principais institutos jurídicos, como a propriedade, o contrato e a empresa, os seguros, os crimes, as penas, entre outros.⁹⁵⁹

Em função da importância já referida de Becker e Coase para o advento da Escola de Chicago⁹⁶⁰, Samuel Ferey destaca os dois programas de pesquisa como integrantes da Escola, o denominado programa beckeriano e o denominado programa coasiano.

Gary Becker notabilizou-se como o precursor da extensão da análise econômica para campos anteriormente estranhos a ela e reservados a outras ciências, como o Direito e a Sociologia. O programa beckeriano consiste, portanto, na extensão dos instrumentos analíticos da Economia para a compreensão de

⁹⁵⁸ Para a história detalhada das origens da Escola de Chicago remete-se a FERREY, S. *op. cit.* pp. 03 e ss.

⁹⁵⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 23.

⁹⁶⁰ ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 15: A Análise Econômica do Direito “surge no início da década de 60 do século XX, com o impacto inicial do ‘Teorema de Coase’, com os estudos pioneiros de Calabresi, com as elaborações de Gary Becker e com mais um número restrito de artigos, e cedo se consolida numa corrente relativamente coesa (...).”

comportamentos extramercado⁹⁶¹, o que por vezes é referido como imperialismo econômico.

Por sua vez, o denominado programa coasiano baseia-se na introdução de uma nova categoria analítica, qual seja, a de custos de transação, bem como no denominado teorema de Coase.^{962_963}

A Escola de Chicago é caracterizada em grande medida por sua inequívoca preferência pelos mecanismos de mercado e por sua rejeição aos mecanismos estatais.⁹⁶⁴

Aqui, a teoria de Ronald Coase e o teorema que carrega seu nome são fundamentais para a Escola, pois se revelam instrumentos contrários a noção então bastante difundida na ciência econômica no sentido de que as falhas de mercado (*market failure*) e as externalidades (*external effects*) reclamariam a intervenção estatal para sua correção. Em lugar de tal intervenção estatal, as construções teóricas de Coase sustentam a possibilidade da *internalização privada dos custos externos*⁹⁶⁵, sendo os problemas normalmente concebidos como externalidades vislumbrados como problemas de imprecisão nas regras de atribuição de propriedade.

⁹⁶¹ Como observa Samuel Ferey, o cerne do denominado projeto ou programa beckeriano consiste em considerar a teoria econômica como um método geral de explicação dos fatos sociais. FERREY, S. *op. cit.* p. 09.

⁹⁶² Com efeito, em síntese o teorema de Coase procura demonstrar que seria possível e preferível que as externalidades, ou seja, as situações nas quais o custo social de uma atividade excede o custo individual, fossem internalizadas por mecanismos de mercado, e não por mecanismos estatais. NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 24. O teorema sustenta que na ausência de custos de transação a solução eficiente seria automaticamente atingida, independentemente da atribuição de Direitos entre os envolvidos na situação que engendra o problema de custo social em questão, ao passo que na presença de custos de transação positivos isso não necessariamente ocorreria. Nesse caso o atingimento de uma solução eficiente dependeria da alocação dos Direitos de propriedade entre as partes. Note-se que em um caso como em outro o que se avalia é a eficiência alocativa de uma situação, não seus efeitos distributivos – embora a atribuição de direitos tenha efeitos distributivos, como se verá.

⁹⁶³ FERREY, S. *op. cit.* p. 03. O impacto do artigo de Ronald Coase é enorme e transcende os âmbitos do movimento. Segundo Fernando Araújo, “o artigo de 1960 de Ronald Coase [é], a larga distância, o estudo mais citado de sempre nas revistas jurídicas norte-americanas”. ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 19.

⁹⁶⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 23.

⁹⁶⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* pp. 23-24.

Até o advento da teoria coasiana as noções de falhas de mercado e de externalidades negativas tinham servido largamente para justificar e defender a intervenção estatal na Economia, especialmente através de mecanismos como os impostos pigouvianos⁹⁶⁶, de caráter extrafiscal.

O Teorema de Coase constitui, assim, uma reação do pensamento liberal contra tal panorama teórico, e um instrumento teórico essencialmente destinado a afastar referida justificativa de intervenção.⁹⁶⁷

Para o paradigma de Chicago, em função de seu notório traço liberal, o mercado é considerado como o meio superior de alocação de recursos. A lei da oferta e da demanda, neste contexto, torna-se o instrumento analítico por excelência, sendo utilizada para se tentar compreender as instituições jurídicas. Desse modo, a pena, por exemplo, passa a ser interpretada como um “preço” do “mercado” da criminalidade, e busca-se a compreensão da conduta criminosa e mesmo a previsão do comportamento com base em um raciocínio de custo-benefício tipicamente econômico.⁹⁶⁸ Inúmeras outras aplicações deste tipo terão lugar.⁹⁶⁹

Tal modelo teórico baseia-se evidentemente sobre o construto teórico do *homo economicus*, modelo de homem maximizador racional de sua utilidade e minimizador de sua desutilidade, base de uma teoria geral do comportamento humano orientada por uma lógica de custo-benefício e que passa a ser defendida como panaceia para as ciências sociais.⁹⁷⁰

Como evidencia Richard Posner em seu clássico *Economic Analysis of Law*, a Economia é concebida pelo movimento como a ciência da escolha racional em um

⁹⁶⁶ Referência ao economista inglês Arthur Cecil Pigou, que desenvolveu significativamente a teoria das externalidades no campo denominado Economia do Bem-Estar (*Welfare Economics*).

⁹⁶⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 25. Para um excelente estudo da teoria dos custos de transação de Ronald Coase remete-se a FERREY, S. *op. cit.* p. pp. 31 e ss.

⁹⁶⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 25.

⁹⁶⁹ FERREY, S. *op. cit.* p. 09. COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 25. Como observam Robert Cooter e Thomas Ulen, “a Economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços.” COOTER, R.; ULEN, T., *ibid.*

⁹⁷⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 25; FERREY, S. *op. cit.* p. 09. Trata-se da denominada Teoria da Escolha Racional (*Rational Choice Theory*).

mundo de recursos limitados relativamente aos desejos humanos, baseada na assunção de que o homem seria um maximizador de seu autointeresse, compreendido como suas finalidades na vida, quaisquer que elas sejam.^{971- 972} Como observa Fernando Araújo

Como teoria comportamentalista, a Análise Económica do Direito não pode deixar de centrar-se numa 'Teoria da Escolha Racional' e manter-se apegada a ela como uma base e um ponto de referência a partir do qual podem empreender-se todo o tipo de derivações: por mais que floresçam à sua volta as explorações teóricas de casos particulares e marginais, a 'Teoria da Escolha Racional' subsistirá como descrição de atitudes prevaletentes, 'normais', 'centrais', ou ao menos como teoria normativa que é capaz de fornecer com alguma transparência e inteligibilidade alguns 'standards' de conduta – ao mesmo tempo que, por razões evidentes, assegura a compatibilização com o cerne da MicroEconomia e permite a partilha de resultados com outras Ciências Sociais.⁹⁷³

Outro aspecto importante da Escola em estudo é sua visão do *Common Law* como sistema jurídico superior relativamente ao sistema baseado em uma legislação escrita composta de regras gerais e abstratas.

Não se trata de uma questão banal, como poderia parecer, em realidade trata-se de uma questão bastante relevante. A visão da Escola de Chicago quanto ao particular se baseia na concepção de que em lugar de ser guiado por finalidades de melhoria ou dirigismo social – como o Direito legislado –, que em sua visão é tendência violadora da liberdade, o *Common Law* constituiria um sistema espontâneo, nascido de diversas decisões judiciais relativamente independentes entre si, originando uma ordem semelhante à emergente do mercado, onde inúmeras decisões individuais independentes guiam os fenômenos econômicos.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ POSNER, R. *Economic Analysis cit.* p. 4.

⁹⁷² ARAÚJO, F. *op. cit.* p.23. "Reconhecer-se-á que a insistência nos incentivos e na eficiência é o que faz da '*Law and Economics*' uma teoria comportamentalista (um '*behavioral theory*'), que começa por ser um corolário do reconhecimento trivial de que o Direito não existe num vácuo e se vai adensando com sucessivas constatações de que a conduta individual não se esgota em puras e mecanicistas demonstrações de racionalidade."

⁹⁷³ ARAÚJO, F. *id.* p. 24.

⁹⁷⁴ Evidente a proximidade desta concepção com a de *ordem resultante da evolução (kosmos)* e *ordem feita* ou *fabricada (taxís)*, bem como com as categorias de *nomos* e de *thesis* sustentadas por Friedrich August Von Hayek.

A principal função do Direito, nesta visão, não seria a de dirigir a sociedade rumo a fins racionalmente estabelecidos, mas a de promover previsibilidade, possibilitando aos indivíduos planejar seus negócios e atividades sem estarem sujeitos a interferências exteriores indevidas.⁹⁷⁵

Observe-se ainda que, como será analisado adiante, a Análise Econômica por vezes pretende revelar o fundamento de normas e instituições jurídicas, pelo que a tese de que os juízes levariam – conscientemente ou não – fatores econômicos em suas decisões é relevante no contexto da afirmada superioridade do *Common Law*.

A Escola sustenta que o magistrado teria por missão, ao exercer a jurisdição, identificar e aplicar a norma jurídica mais eficiente⁹⁷⁶ do ponto de vista econômico, tese esta amplamente desenvolvida nos trabalhos de Richard Posner, como se verá adiante.⁹⁷⁷

A teoria da decisão judicial típica da Escola de Chicago ostenta um traço evolucionista, manifestado na concepção de que as normas mais eficientes revelam-se aptas a sobreviver em um processo de seleção natural.

Observe-se, conclusivamente, um ponto fundamental: de acordo com Samuel Ferey é justamente a controvérsia acerca do critério de eficiência que causará a fragmentação do movimento em diferentes orientações, correntes e Escolas que se afastarão da ortodoxia de Chicago.⁹⁷⁸ Esta temática será desenvolvida adiante, e é central no presente estudo.

⁹⁷⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 26. Outra convergência inequívoca com o pensamento de Hayek.

⁹⁷⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

⁹⁷⁷ Para uma visão da “síntese posneriana”, remete-se a FERREY, S. *op. cit.* pp. 117 e ss.

⁹⁷⁸ FERREY, S. *id.* p. 06.

2.2.1.2 Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*)

A *Public Choice Theory* ou Teoria da Escolha Pública constitui uma vertente do movimento Direito e Economia. Tal vertente utiliza-se do instrumental da Ciência Econômica para submeter a análise diversos temas do campo político e público, encontrando segundo alguns autores a meio caminho entre a Ciência Política e Ciência Econômica.⁹⁷⁹ Ensina Ejan Mackaay que

Se a corrente encabeçada por Posner interessava-se especialmente pelo funcionamento do mercado, compreendeu-se que, para dar conta de maneira satisfatória do direito existente, seria necessário também estudar o mercado político. O interesse pelo mercado político tinha sido despertado no início dos anos 1960 pelos trabalhos de Downs, de Buchanan e Tullock, bem como de Olson. Ele originou a Escola denominada *Public Choice*, que causou impacto entre os politólogos, mas que não havia tocado os juristas. Não fora senão nos anos 1980 que se vincularam expressamente *Public Choice* e Análise Econômica do Direito. O próprio Buchanan, prêmio Nobel em 1988, cria na George Mason University um grupo que se auto-intitulou *Constitucional Political Economy*. Seu propósito era o de buscar, cômicos dos efeitos perversos que a *Public Choice* evidenciou, arranjos constitucionais que garantissem escolhas coletivas que traduzissem o mais fielmente possível a vontade de todos os cidadãos, especialmente aquelas de grupos particulares, majoritários ou não.⁹⁸⁰

Como observam Giulio Napolitano e Michele Abrescia “enquanto a maior parte das contribuições da *Law and Economics*, pelo menos em sua origem, é dedicada ao estudo de mecanismos de mercado e das regras jurídicas que disciplinam seu funcionamento, a *Public Choice* caracteriza-se pela aplicação das categorias econômicas ao estudo da política e de suas instituições.”⁹⁸¹

Essa tendência propugna, portanto, a aplicação do ferramental econômico a temas e instituições políticos e jurídicos, como, exemplificativamente, a democracia, a representação política, a burocracia, o Estado, o governo, entre outros,

⁹⁷⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 23.

⁹⁸⁰ MACKAAY, E. *op. cit.* p. 16. Tradução livre do autor.

⁹⁸¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M., *op. cit.* p. 31.

desenvolvendo a partir de tais aplicações conceitos como o de *logrolling* e a captura de renda (*rent seeking*).⁹⁸²

Observam Napolitano e Abrescia que a rubrica *Public Choice*, como a própria *Law & Economics*, na realidade não designa uma única Escola de pensamento coesa e coerente, mas diversas orientações, compreendendo variantes como a *Escola da Virgínia*, a *Escola de Rochester*, a *Social Choice* e, ainda, a *Positive Political Theory*, entre outras.⁹⁸³

A *Public Choice*, de modo geral, busca compreender a partir da teoria econômica e de conceitos originalmente econômicos, como concorrência, escolha racional e trocas, a racionalidade que orienta a atuação dos indivíduos na esfera pública.⁹⁸⁴

Os conceitos econômicos da racionalidade individual, da concorrência e da troca servem, assim, na *Public Choice*, para a análise de fenômenos políticos e das relações entre órgãos político-representativos, eleitores e grupos de interesse, entre outros agentes.⁹⁸⁵

A Escolha Pública, em algumas de suas vertentes, compartilha diversas das premissas teóricas e metodológicas da *Law and Economics* na vertente de Chicago, apesar de dedicar-se a um objeto de estudo diferente, o fenômeno político e as instituições públicas. Uma das premissas metodológicas comum a ambas é a perspectiva individualista, ou individualismo metodológico.⁹⁸⁶

Importante observar que a *Public Choice* reclama para si a condição de continuadora das tradições do liberalismo, do contratualismo, do utilitarismo e do marginalismo.⁹⁸⁷

⁹⁸² *Logrolling* é expressão que designa, nos estudos da Public Choice, um fenômeno do tipo *quid pro quo*. Captura de renda consiste em uma atuação estratégica oportunista de alguns indivíduos ou grupos no sentido de se beneficiarem de recursos coletivos. MACKAAY, E. *op. cit.* p. 15.

⁹⁸³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* pp. 38-39.

⁹⁸⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 23.

⁹⁸⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M., *ibid.*

⁹⁸⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M., *id.* p. 31.

⁹⁸⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 32.

Assim, vale-se da metáfora de Adam Smith da “mão-invisível”, e do pensamento político-filosófico de Thomas Hobbes (1588-1679), segundo o qual o Estado é fundado sobre *o cálculo racional dos indivíduos*, da concepção de Jeremy Bentham acerca do critério ético da maior felicidade para o maior número possível de pessoas⁹⁸⁸, bem como da análise marginal de custo-benefício.

No âmbito estritamente econômico a *Public Choice* contrapõe-se à *Welfare Economics*, acusando a última de sustentar uma concepção antropomórfica da sociedade por adotar um conceito de bem-estar coletivo. Assim, refutando as construções da Economia do bem-estar, a *Public Choice* adota as premissas teóricas e analíticas da perspectiva marginalista e nela se inspira.⁹⁸⁹

Seu método de análise é análogo ao da Economia subjetivista-marginalista, com enfoque marcadamente comportamental. Consiste, na tentativa de identificação das escolhas ótimas dos sujeitos a partir de uma análise comparativa levada a cabo entre custos e benefícios marginais obtidos através da modificação de determinada opção, aplicando tal racionalidade às escolhas públicas, visando a maximização do bem-estar individual, e não coletivo, por ser este incompatível com a premissa do individualismo metodológico.⁹⁹⁰

Em tal abordagem, a atividade política passa a ser vislumbrada, sob a inspiração de economistas como o sueco Johan Gustav Knut-Wicksell (1851-1926), como um complexo processo de troca.⁹⁹¹

Na esteira dos estudos engendrados pela *Public Choice Theory* originam-se concepções teóricas importantes, como a Teoria Econômica da Democracia, de Anthony Downs e o Teorema da impossibilidade, desenvolvido por Kenneth Arrow.⁹⁹²

⁹⁸⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

⁹⁸⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 32

⁹⁹⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

⁹⁹¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

⁹⁹² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* pp. 32-33.

A teoria de Downs, busca demonstrar que o método democrático nada mais seria do que um mecanismo institucional para mediar a competição pelo voto dos cidadãos, de modo análogo a um mercado. Para o autor, neste mercado, os partidos operariam como se fossem empresas e os eleitores atuariam como se fossem clientes. O interesse dos partidos consistiria em obter apoio e votos, equivalente a conquistar seus clientes, e faria com que seus programas sejam convergentes em direção a propostas moderadas de centro, com vistas à satisfação das preferências do eleitor-cliente mediano.⁹⁹³

O Teorema da Impossibilidade de Arrow, por sua vez, busca demonstrar, basicamente, que sendo o grupo votante integrado por pelo menos dois indivíduos e compreendendo o conjunto das alternativas possíveis pelo menos três diferentes opções, torna-se impossível construir uma função de escolha social que satisfaça, simultaneamente, a todos os requisitos lógicos necessários à manutenção de um sistema de voto democrático. A consequência daí decorrente seria a de que toda deliberação obtida através da operação da regra da maioria encontrar-se-ia inexoravelmente fadada a ser incoerente, instável e cíclica.⁹⁹⁴

A variante mais importante da *Public Choice Theory* consiste na denominada Escola da Virgínia, representada pelos expoentes *James McGill Buchanan Jr.* e *Gordon Tullock*. Suas origens remontam ao clássico estudo *O Cálculo do Consenso*, da autoria de ambos os autores, publicado no ano de 1962.⁹⁹⁵

Buchanan e Tullock são os criadores de uma teoria complexa dos processos decisórios, abordando desde o nível pré-constitucional até as operações pós-constitucionais a partir de conceitos econômicos, analisando tais processos através

⁹⁹³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Com efeito, estudos demonstram que a indistinção de programas entre partidos que supostamente representariam extremos opostos do espectro político ideológico poderia ser atribuída às preferências do autor mediano, representadas pela Curva de Gauss, em forma de sino.

⁹⁹⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* A temática da inconsistência ou transitividade das escolhas (*cycling*) é recorrente na *Public Choice Theory*.

⁹⁹⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 33. O estudo é seminal da denominada *Economia Política Constitucional*, na terminologia de James M. Buchanan. CALIENDO, P. *op. cit.* p. 23.

de noções relativas às dinâmicas do voto, aos problemas de *agency*, à concepção de custos de transação e assim por diante.⁹⁹⁶

A Escola da Virgínia, de maneira semelhante à Escola de Chicago, adota o individualismo metodológico e o modelo do *homo economicus*. Além disso, espousa uma concepção de atividade política como troca (*political exchange*), baseada na noção de *market exchange*, como visto. Seu individualismo metodológico constitui um legado da influência marginalista, orientação que rejeita qualquer análise baseada na assunção do ponto de vista de grupos ou coletividades. Para esta orientação, portanto, falar em algo como “racionalidade social” é *nonsense*.⁹⁹⁷

No entanto, há traços distintivos entre a Escola da Virgínia e a Escola de Chicago. Além de seu objeto ser diverso, como visto, incidindo o foco de interesse teórico da *Public Choice* sobre os processos políticos e a esfera pública, a Escola da Virgínia recusa uma definição de eficiência em termos objetivos e absolutos. Contrariamente, esta Escola perfilha o entendimento de que a eficiência somente seria passível de definição em termos subjetivos e relativos.⁹⁹⁸

Adotando o modelo do *homo economicus*, a Escola da Virgínia sustenta a visão do indivíduo racional-calculista-maximizador, fazendo a transposição de tal conceito da esfera privada para a esfera pública, buscando analisar o comportamento dos agentes políticos e agentes públicos com base em tal modelo.⁹⁹⁹

Afasta-se portanto a Escola da ideia de um agir político pautado por alguma categoria como a do “interesse geral”, partindo da premissa que também a atuação do indivíduo na esfera pública seria pautada por um egoísmo autointeressado.

⁹⁹⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 33.

⁹⁹⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* pp. 33-34.

⁹⁹⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 34. Em outras palavras, eficiente seria aquilo que as partes convencionam como tal. “Tendo as regras consequências sobre os indivíduos, portanto, podem ser consideradas vantajosas apenas se cada membro da comunidade prestou seu consentimento para sua adoção. (...). Afastamentos relativamente a tal princípio podem ser aceitos apenas com base em outra regra de nível constitucional, adotada à unanimidade.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 34.

⁹⁹⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

A noção de troca política que informa a visão da Escola faz com que as escolhas realizadas esfera pública sejam concebidas como resultado de um complexo processo de negociação entre os membros de uma sociedade composta por indivíduos com interesses diversos.¹⁰⁰⁰

Como visto, a Escola da Virgínia não esgota a *Public Choice Theory*, integrada por um largo espectro de variantes teóricas. As outras orientações da *Public Choice* são relevantes por revelarem uma reflexão crítica em face da orientação hegemônica na Teoria da Escolha Pública, ou seja, exatamente a vertente da Escola da Virgínia, revelando-se mais abertas à operação concreta das instituições públicas.¹⁰⁰¹

2.2.1.3 *New Haven School*

A *New Haven School* nasce na Universidade de Yale e rejeita o paradigma de Chicago a partir da adoção de um entendimento no sentido de que o aumento da riqueza (*wealth maximization*) não pode ser considerado, por si só, um progresso social.¹⁰⁰²

Esta variante do movimento origina-se com os estudos de Guido Calabresi e de Philip Bobbitt sobre o problema das escolhas trágicas (*tragic choices*) correspondente aos dilemas em face da escassez e da consequente impossibilidade econômica de satisfação da demanda pela distribuição de bens essenciais.¹⁰⁰³

¹⁰⁰⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰⁰¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 40.

¹⁰⁰² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 27. Tal orientação faz com que os autores considerem que a *Escola de New Haven* caracterize-se por uma abordagem mais realista no que diz respeito às relações entre Direito e equidade. NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 23.

¹⁰⁰³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 28.

A Escola de *New Haven* é crítica relativamente aos conceitos de eficiência adotados pela ortodoxia do *Law and Economics Movement*, especialmente em função de sua intolerância à diminuição do bem-estar (ou utilidade) de um indivíduo mesmo quando compensada pelo aumento do bem-estar (ou utilidade) de outro, o que a caracteriza como uma orientação extremamente conservadora.¹⁰⁰⁴

New Haven distancia-se de Chicago e da *Public Choice*, ainda, por ser menos intolerante à intervenção legislativa, chegando mesmo a contestar o primado do *Common Law* que caracteriza o paradigma dominante de Chicago e as críticas da Escola da Virgínia sobre a intervenção estatal.¹⁰⁰⁵

A análise econômica criada na Universidade de Yale não se detém na discussão de Direitos procedimentais dos cidadãos, como as demais orientações, indo ao ponto de investigar os resultados substantivos das políticas públicas em termos de eficiência e de equidade distributiva. Os autores ligados à Escola de *New Haven* chegam mesmo a falar em limites morais ao mercado.¹⁰⁰⁶

Tal Escola ostenta diferenças importantes na análise econômica do Direito Público relativamente à rival Escola da Virgínia, e rejeitando a aplicação indiscriminada e simplista dos postulados do comportamento econômico racional aos agentes públicos.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 27.

¹⁰⁰⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰⁰⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰⁰⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 28-29.

2.2.1.4 Nova Economia Política (*New Political Economy*)

A *Nova Economia Política* constitui uma orientação mais recente na Análise Econômica do Direito, surgindo nos EUA no final dos anos 1980 e início dos anos 1990. O contexto histórico em que surge é completamente diverso daquele das demais orientações da Análise Econômica do Direito, caracterizando-se pela associação quase universal do mercado e da propriedade privada como base econômica da democracia representativa.¹⁰⁰⁸

A *New Political Economy* apresenta significativas diferenças relativamente às orientações anteriores, ao tentar analisar as instituições jurídicas a partir de uma perspectiva completamente diversa, calcada na Economia pública e fundada em estudos empíricos quantitativos dos efeitos macroeconômicos produzidos por diferentes arranjos institucionais.¹⁰⁰⁹

Em face da variedade de arranjos institucionais possíveis entre os diferentes modelos de democracia representativa, os estudos desenvolvidos no bojo desta Escola dedicam-se à análise das consequências econômicas e políticas de seu funcionamento.¹⁰¹⁰

De acordo com Napolitano e Abrescia, a concepção basilar da Nova Economia Política é a de que a questão fundamental consistiria na adequada engenharia dos mecanismos destinados a desenvolver as políticas públicas.¹⁰¹¹

Segundo os autores, três características seriam fundamentais para a correta compreensão da *New Political Economy*, a saber, a adoção teoria macroeconômica,

¹⁰⁰⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 40.

¹⁰⁰⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 23.

¹⁰¹⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰¹¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

a utilização da teoria da escolha racional para o estudo das instituições e, por fim, o legado temático oriundo da *Public Choice*.¹⁰¹²

A adoção da orientação macroeconômica distingue a Nova Economia Política sensivelmente das orientações anteriores do movimento e, apesar da influência temática referida, há que se observar que há um afastamento significativo da orientação da Nova Economia Política relativamente à *Public Choice Theory*.¹⁰¹³

A Nova Economia Política caracteriza-se, ainda, por uma abordagem predominantemente descritiva, uma ênfase quanto aos efeitos macroeconômicos sobre os grandes agregados, pela atenção aos próprios agregados, entre outros aspectos que lhe conferem identidade própria.¹⁰¹⁴

2.2.1.5 Outras correntes do *Law and Economics Movement*.

Além destas variantes do *Law and Economics*, existem ainda o Neoinstitucionalismo, o *Behavioral Law and Economics* ou BLE, o *Critical Legal Studies Movement* – CLS, a *Comparative Law and Economics*, entre outros.¹⁰¹⁵

Embora não seja possível abordar todas estas variantes, convém uma breve síntese que ressalte suas características mais gerais.

O Neoinstitucionalismo constitui uma vertente do movimento de Direito e Economia que busca aprofundar os estudos quanto o problema da redução dos

¹⁰¹² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 40-41.

¹⁰¹³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 41.

¹⁰¹⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰¹⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 29.

custos de transação, investigando, o papel a ser desenvolvido pelas instituições, públicas ou privadas, baseadas na autoridade e na hierarquia neste contexto.¹⁰¹⁶

A *Behavioral Law and Economics* ou *BLE* constitui um movimento de reação à corrente principal do movimento, rechaçando a lógica estritamente egoísta dos indivíduos e assumindo, simultaneamente, a possibilidade de uma lógica coletiva diversa daquela racionalidade de mercado.¹⁰¹⁷

O *Critical Legal Studies movement* ou *CLS* igualmente consiste em reação à *mainstream* do movimento de Análise Econômica, contrapondo-se a ela ao reafirmar o caráter de instituição social do Direito, criticando a concepção do mesmo como um sistema de normas eficientes, destinadas exclusivamente à maximização da riqueza, como a sustentada por Posner.¹⁰¹⁸ O *Critical Legal Studies* ressalta ainda o papel da distribuição do poder e do papel dos movimentos sociais na evolução do ordenamento jurídico e dos direitos individuais.¹⁰¹⁹

Por fim, a variante denominada *Comparative Law and Economics* constitui orientação centralizada em torno de estudos comparativos baseados nos incentivos e desincentivos que regem a circulação de normas e de institutos jurídicos diversos entre diferentes ordenamentos jurídicos.¹⁰²⁰

O intuito desta panorâmica acerca das diversas variantes do *Law and Economics Movement* é demonstrar as dissensões existentes no seio do próprio movimento, e os afastamentos ocorridos relativamente à ortodoxia de Chicago, que levou o movimento à fragmentação e ao surgimento das dissidências brevemente vislumbradas.

A abordagem das varias orientações que assumiu o movimento após sua fragmentação na década de 1980 serve, ainda, para não incidir na crítica de

¹⁰¹⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰¹⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰¹⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰¹⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁰²⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

Fernando Araújo acerca da tentativa de identificação superficial e artificial da *Law and Economics* e a Escola de Chicago.¹⁰²¹

O fundamental é observar que as orientações rivais surgidas através deste processo colocam em questão vários dos postulados da Escola de Chicago, sustentando notadamente que o Direito refletiria objetivos e valores que ultrapassam aqueles da mera eficiência alocativa¹⁰²², em nítido contraste com a orientação simplista da ortodoxia do movimento.

Assim, além de restar demonstrado inexistir uma única orientação no âmbito do *Law and Economics Movement*, fica evidenciado também que a Escola de Chicago, embora importante, perdeu há tempos sua hegemonia, a ponto de se afirmar existir um período “pós-Chicago” na análise econômica.¹⁰²³

As várias dissidências que se afastam em maior ou menor grau das orientações da Escola de Chicago e da Escola da Virgínia evidenciam a possibilidade de construção de diversas análises econômicas rivais, conforme argumentação a ser desenvolvida adiante, e problematizam diversas conclusões obtidas pela versão convencional.¹⁰²⁴

De modo geral, como se pretende demonstrar, a Análise Econômica em suas vertentes mais ortodoxas¹⁰²⁵, especialmente na versão da Escola de Chicago, assume vários pressupostos oriundos de orientações específicas da Ciência Econômica, nomeadamente das Escolas pertencentes ao paradigma subjetivista-marginalista (orientação marcada pelos trabalhos de Carl Menger, Stanley Jevons e

¹⁰²¹ Afirma aquele autor que alguns detratores do *L&E Movement* insistiriam em identifica-lo à Escola de Chicago, “tentando ligar aquela às conotações ideológicas que subsistem quanto a esta, mesmo que distorcidas e caricaturadas – a propensão libertária, a confiança muito exacerbada nos mecanismo (sic) de preços e de mercado, a aceitação acrítica da afectação inicial de recursos através da propriedade privada.” ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 18.

¹⁰²² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 30.

¹⁰²³ FERREY, S. *op. cit.* p. 06.

¹⁰²⁴ Nas palavras de Samuel Ferey, “dividida entre numerosas correntes, a análise econômica do Direito adota doravante diversos domínios de pesquisa. Ela se pretende crítica, por vezes, em torno dos *Critical Legal Studies*, por vezes ultra-liberal às voltas com as teorias libertarianas ou austríacas. Ela se renova com o institucionalismo (Medema, Schmid, Samuels [1997]), dialoga com a teoria dos custos de transação (Posner [1993b]), investe na Economia comportamental e aproxima-se das pesquisas em psicologia e Economia (Sunstein [2000]).” FERREY, S. *op. cit.* p. 7.

¹⁰²⁵ FERREY, S. *id.* p. 03.

Léon Walras) ou à orientação neoclássica (Alfred Marshall), traduzidas por correntes contemporâneas do pensamento econômico que são as legatárias daquelas orientações como o novo classicismo¹⁰²⁶.

Tais assunções têm impactos extremamente relevantes quanto aos resultados da análise, pelo que no presente trabalho problematizar-se-ão as mesmas, buscando-se demonstrar que nada têm de óbvio ou necessário, e que tal discussão preliminar é indispensável ao se falar em qualquer Análise Econômica do Direito.

Antes disso, porém, necessário examinar em maior detalhe as características da corrente principal e outrora hegemônica do movimento *Law and Economics*, a saber, a Escola de Chicago, para em seguida passar a problematizá-las. Far-se-á assim uma incursão mais pormenorizada e detalhada na referida orientação, a partir da obra de seu principal representante, Richard Posner, cujas concepções tanto sobre a Análise Econômica do Direito quanto relativamente a sua teoria da decisão judícia e da estruturação de uma Teoria da Justiça baseada na eficiência serão problematizadas.

2.2.2 A Escola de Chicago e o paradigma posneriano

Como visto, a Escola de Chicago constitui uma orientação teórica central do movimento *Law and Economics*, estando em sua origem e representando sua ortodoxia que, embora não seja mais hegemônica, nem por isso perdeu sua relevância. No presente item estudar-se-á em maior detalhe a Escola de Chicago e suas concepções teóricas, especialmente a partir do pensamento de seu expoente

¹⁰²⁶ Samuel Ferey distingue a corrente padrão ou *standard* da Ciência Econômica das correntes heterodoxas. Nas palavras do autor, "a teoria padrão é aqui utilizada para designar principalmente a corrente ortodoxa da Economia herdada do marginalismo. *A contrario*, resta claro que as preocupações institucionais sempre inspiraram a heterodoxia desde Marx até a teoria das convenções ou a teoria da regulação, passando pela corrente do institucionalismo norte-americano." FERREY, S. *id.* p. 02. Tradução livre do autor.

mais célebre, o juiz da Suprema Corte norte-americana, Richard Allen Posner, cuja análise crítica se fará adiante.

Como ensina Samuel Ferey, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial surge na Universidade de Chicago uma teoria econômica original. Inicialmente oposta à concepção do equilíbrio geral, a orientação ali surgida participará com a mesma proficiência tanto de debates teóricos quanto metodológicos.¹⁰²⁷

De acordo com Ferey "a Economia do Direito beneficiou-se sem a menor dúvida da originalidade de tal posicionamento relativamente à análise econômica padrão. De Knight a Hayek, passando por Director, são numerosos os trabalhos dos economistas de Chicago que abrem caminho para teorizações possíveis entre o funcionamento da economia e as formas institucionais."¹⁰²⁸

A partir da década de 1950 um conjunto de economistas composto por Ronald Coase, Gary Becker, Armen Albert Alchian e Harold Demsetz iniciam um programa de pesquisa em análise econômica do Direito, a partir do cruzamento dos programas de pesquisa beckeriano e coasiano.¹⁰²⁹

Como visto de passagem no item precedente, o primeiro consistia, essencialmente, na extensão da aplicação do instrumental econômico a comportamentos extramercado, ao passo que o segundo, por sua vez, traduzia-se na introdução na Ciência Econômica de uma nova categoria analítica, a saber, a dos custos de transação.¹⁰³⁰

A Análise Econômica do Direito surge na intersecção destas duas abordagens, podendo as normas e instituições jurídicas ser compreendidas a partir delas simultaneamente como constrangimentos aos agentes e como instituições

¹⁰²⁷ FEREY, S. *id.* p. 03.

¹⁰²⁸ FEREY, S. *id.* p. 03. Tradução livre do autor.

¹⁰²⁹ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰³⁰ FEREY, S. *ibid.* Como observa Ferey, "cada uma a seu modo, essas duas linhas de investigação levam à extensão do campo da análise econômica: em direção ao estudo de comportamentos tradicionalmente considerados como não relacionados a comportamentos econômicos de um lado; em direção à compreensão do papel econômico das instituições, de outro lado." FEREY, S. *id.*, pp. 3-4.

sociais que proporcionam padrões para o comportamento econômico, participando de sua coordenação.¹⁰³¹

Assim, durante a década de 60 do século XX, alguns temas jurídicos começam a atrair a atenção e o interesse dos economistas de Chicago, tais quais o Direito de propriedade, a responsabilidade civil e o Direito penal.¹⁰³²

Na primeira fase a análise econômica do Direito de Chicago caracteriza-se por uma falta de metodologia geral e a ambiguidade se faz visível. A norma jurídica, por exemplo, por vezes é interpretada como um preço, outras como um incentivo, outras ainda como direitos, e ainda outras como arranjos contratuais reciprocamente aceitos pelos agentes.¹⁰³³

Será Richard Allen Posner quem, posteriormente, estabelecerá a síntese dos estudos econômicos sobre o Direito, especialmente a partir da publicação de sua obra *Análise Econômica do Direito*, no ano de 1972¹⁰³⁴, cujo conteúdo será objeto de análise mais detida adiante.

É atribuído a Posner, portanto, o mérito de ter elaborado um paradigma, consistente em um cerne analítico e em uma metodologia única, bem como uma Teoria Econômica do Direito.¹⁰³⁵

Posner adota, do programa coasiano, a concepção segundo a qual as normas jurídicas devem ser estudadas como modos de coordenação específicos quando o mercado revelar-se insuficiente, ou seja, quando se fizerem presentes os custos de transação.¹⁰³⁶

¹⁰³¹ FEREY, S. *id.* p. 4.

¹⁰³² FEREY, S. *ibid.*

¹⁰³³ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰³⁴ FEREY, S. *id.* p. 4.

¹⁰³⁵ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰³⁶ FEREY, S. *ibid.* Como observa o autor, em tal concepção "as normas jurídicas não fornecem simplesmente quadros para a ação econômica, mas constituem autênticos meios de resolução de problemas de coordenação". FEREY, S. *ibid.*

No entanto é fundamental notar que Posner sustentará uma aproximação dos fenômenos jurídicos relativamente ao mercado, ao afirmar que o Direito buscará coordenar as ações individuais do mesmo modo que o mercado teria feito, caso tivesse podido operar normalmente.¹⁰³⁷

Basilar ao pensamento posneriano é a tese segundo a qual o fundamento do Direito consistiria em uma lógica econômica, pelo que se reputa que a Economia seria capaz de explicar as regras existentes. Tal concepção foi testada ao longo dos anos 1970, através do desenvolvimento de modelos econômicos e da tentativa de demonstração da eficiência econômica do *Common Law* em diversos campos do Direito.¹⁰³⁸

As expectativas criadas pela aproximação do Direito para com aquela que era considerada a mais fértil das Ciências Sociais traduziu-se em um enorme êxito acadêmico e em reconhecimento institucional no âmbito das faculdades norte-americanas.¹⁰³⁹

Segundo Ferey, aquilo que ele denomina *síntese posneriana* eclipsa por cerca de uma década outras teorizações sobre o nexo entre Direito e Economia, compeendidas as formulações institucionalistas e as concepções de Hayek¹⁰⁴⁰, aqui já examinadas.

Apesar de seu sucesso, não tardou para que a Escola de Chicago fosse objeto de numerosas críticas de origem econômica, filosófica e jurídica, gravitando

¹⁰³⁷ FERREY, S. *ibid.* Adiante isto será visto com profundidade na análise de algumas das principais obras de Posner. A ideia posneriana, como se verá, pode ser sintetizada da seguinte maneira: "Uma vez que elas aplicam as normas jurídicas ou solucionam os litígios, as autoridades competentes para interpretar as normas jurídicas – principalmente os juizes do *common law* – buscam na realidade encontrar a solução com a qual teriam concordado as partes litigantes se tivesse podido contratar entre si. Tal convicção encontrará sua divisa na fórmula ora já célebre segundo a qual o direito não faz senão 'imitar o mercado.'" FERREY, S. *id.* pp. 04-05. Tradução livre do autor. Tal ponto de vista se baseia, em última análise, em uma questão mais profunda, a saber, a visão posneriana de que "existe nos fundamentos do Direito (...) uma lógica econômica que a nova abordagem permite desvelar." FERREY, S. *id.*, p. 5.

¹⁰³⁸ FERREY, S. *ibid.*

¹⁰³⁹ FERREY, S. *id.* p. 5: "(...) nos anos 1970, foram organizados seminários para os juristas, surgiram aulas de Economia do Direito nas faculdades americanas e começa-se mesmo a utilizar argumentos oriundos da análise econômica para solucionar litígios." FERREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴⁰ FERREY, S. *id.* p. 6.

em torno da questão da aplicação do critério da eficiência econômica ao campo jurídico.¹⁰⁴¹

Diversas questões são objeto de discussão, tais quais as possibilidades reais de aplicação do referido critério à resolução dos conflitos além da coerência interna do critério posneriano de eficácia, e são tais controvérsias que causarão, posteriormente, a fragmentação do movimento em diversas Escolas rivais.¹⁰⁴²

A crítica oriunda dos teóricos do Direito é endereçada especialmente à teoria normativa utilizada e sustentada pela Análise Econômica a partir do critério da maximização da riqueza social.¹⁰⁴³

Tal crítica refere-se especialmente ao caráter restritivo da Teoria da Justiça que Posner buscou erigir sobre seu critério moral da maximização de riquezas ou a seus pressupostos políticos ou ideológicos¹⁰⁴⁴, teorizações estas cuja análise crítica será objeto do presente estudo.

É possível considerar a Análise Econômica do Direito como parte de um projeto maior de extensão das ferramentas de análise do comportamento proporcionada pela denominada Teoria da Escolha Racional aos comportamentos extramercado.¹⁰⁴⁵

O âmago do projeto beckeriano consistiria em considerar a Teoria Econômica – mais precisamente, microeconômica – como um “método” geral de explicação dos fatos sociais, o que se estabelece tendo por base os pressupostos da estabilidade

¹⁰⁴¹ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴² FEREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴³ FEREY, S. *id.* p. 8.

¹⁰⁴⁴ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴⁵ FEREY, S. *id.* p. 8: "Sob a influência de Becker, a análise da escolha racional viu abrirem-se em Chicago novos campos de aplicação: a análise econômica da família, da fecundidade, das escolhas educacionais, etc. (...). Uma leitura como essa apresenta a Economia do Direito como o desenvolvimento relativamente uniforme de um programa de pesquisa bem caracterizado: uma parte da empreitada de explicação do conjunto dos fatos sociais através de ferramentas microeconômicas." Tradução livre do autor. *Id.*, pp. 8-9. Trata-se do denominado *imperialismo do método econômico*. FEREY, S. *id.* p. 9.

das preferências individuais, a teoria da utilidade esperada e a coordenação das ações individuais pelo mercado em equilíbrio parcial.¹⁰⁴⁶

Como sintetiza Ferey, "na medida em que um comportamento pode ser analisado como uma escolha e que uma escolha representa necessariamente um custo – que não seria senão um custo de oportunidade, a saber, o custo da melhor alternativa à qual se renuncia – é possível explicar todo comportamento social como o fruto de um cálculo maximizador sob as restrições de uma função de utilidade."¹⁰⁴⁷

Para Becker, como para Friedman, os indivíduos não necessariamente estarão conscientes do cálculo, sendo possível prever seu comportamento a partir de uma ficção.¹⁰⁴⁸

Tais pressuposições possibilitam a compreensão do comportamento individual em face das normas jurídicas, elas próprias consideradas o resultado de um cálculo maximizador, o que Ejan Mackaay denominará de teoria geral do comportamento humano. "Uma regra jurídica – através da ameaça de sanção da qual é acompanhada – representa para o agente um custo igual ao custo de oportunidade da sanção expectada."¹⁰⁴⁹

Ferey observa, no entanto, que ainda que pudesse ser atraente tal visão poderia ser objetada a partir de diversos pontos de vista – histórico, analítico, metodológico. Do ponto de vista histórico, primeiramente, supõe-se uma unidade do programa beckeriano, negligenciando-se um autor importante como Coase.¹⁰⁵⁰

Do ponto de vista analítico objetiva-se a visão simplificadora da norma jurídica como um preço sobre o comportamento dos agentes racionais. Os direitos de propriedade e arranjos contratuais são exemplos de conceitualizações irreduzíveis de maneira imediata a constrangimentos.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁶ FEREY, S. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁴⁷ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴⁸ FEREY, S. *ibid.*

¹⁰⁴⁹ FEREY, S. *id.* p. 9. Tradução livre do autor.

¹⁰⁵⁰ FEREY, S. *id.* p. 10.

¹⁰⁵¹ FEREY, S. *ibid.*

Por fim, tal visão negligenciaria a especificidade da aplicação do instrumental econômico ao Direito em função de sua peculiaridade decorrente de seu caráter prescritivo. Como observa Ferey, não se trata apenas de explicar comportamentos, mas normas irredutíveis de maneira imediata a comportamentos.¹⁰⁵²

Devido ao papel de destaque que passou a ocupar na Escola de Chicago, as contribuições teóricas de Richard Allen Posner têm sido consideradas como representativas da Análise Econômica do Direito e têm sido difundidas ao redor do mundo, assim como importadas para o contexto brasileiro.

Devido ao caráter paradigmático da obra de Posner, ela merece uma análise mais detalhada neste capítulo, ainda que não se possa pretender exauri-la, entre outros fatores, pela amplitude da produção bibliográfica posneriana, bem como por sua diversidade.

Por outro lado, sendo impossível realizar a análise de todas as vertentes do movimento *Law & Economics* neste estudo, se faz necessário eleger uma das vertentes, justificando-se a presente escolha pelo impacto e relevo da Escola de Chicago.

Analisar-se-ão aqui, sucintamente, algumas das teorias centrais de Posner a partir de algumas de suas principais obras, notadamente *Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law)*, do ano de 1972 e *A Economia da Justiça (The Economics of Justice)*, do ano de 1981. Em *Economic Analysis of Law* Posner estabelece a premissa sobre a qual baseia-se sua obra:

"Este livro é escrito na convicção de que a Economia é uma ferramenta poderosa para analisar um vasto espectro de questões jurídicas, mas que a maioria dos juristas e dos estudantes de Direito – mesmo os brilhantes – encontram dificuldades em conectar princípios econômicos a problemas jurídicos concretos."¹⁰⁵³

¹⁰⁵² FERREY, S. *id.* pp. 10-11. Como observa o autor, "regularidades perfeitas de comportamento não implicam necessariamente a existência de uma norma jurídica – por exemplo uma rotina – bem como a ausência de comportamentos perfeitamente conformes a uma norma não coloca necessariamente em causa sua validade enquanto norma." Tradução livre do autor. FERREY, S. *id.*, p. 11.

¹⁰⁵³ POSNER, R. **Economic Analysis** *cit.* p. 3. Tradução livre do autor.

Posner expõe na referida obra, no Capítulo I, intitulado *The Nature of Economic Reasoning*, alguns dos conceitos fundamentais que nela manejará e que se tornarão a base da Escola de Chicago e na Análise Econômica do Direito. O autor assume a Ciência Econômica como "a ciência da escolha racional em um mundo – o nosso – no qual os recursos são limitados relativamente aos desejos humanos"¹⁰⁵⁴, endossando assim o postulado da escassez dos recursos e da Economia como ciência do estudo, por excelência, das escolhas alocativas racionais.

Segundo Posner, a tarefa da Economia assim definida consistiria em explorar as implicações extraídas da premissa do homem concebido como um maximizador racional de seu autointeresse.¹⁰⁵⁵

Como esclarece o autor acerca do modelo do *homo oeconomicus* por ele adotado que do conceito de homem como um maximizador racional de seu autointeresse decorre da assunção da premissa segundo a qual as pessoas respondem a incentivos, e se lhe for possível aumentar sua satisfação alterando seu comportamento, elas o farão.¹⁰⁵⁶

Observa Richard Posner que isto é decorrência de princípios fundamentais da Ciência Econômica que ele aplicará ao Direito, sendo a primeira delas a denominada

¹⁰⁵⁴ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁵⁵ POSNER, R. *id.* pp. 3-4. Observando-se que, na mesma passagem, Posner define autointeresse como os fins do indivíduo na vida ou aquilo que lhe proporciona satisfação, esclarecendo ainda que "a maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente. O comportamento é racional quando se conforma ao modelo da escolha racional, qualquer que seja o estado mental de quem faz a escolha (...). E auto-interesse não deve ser confundido com egoísmo; a felicidade (ou a miséria) de outras pessoas pode fazer parte da satisfação de alguém." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* p. 4.

¹⁰⁵⁶ POSNER, **Economic Analysis** cit. p. 4. Mais adiante esclarece: "A assunção fundamental de que o comportamento humano é racional parece ser infirmada pelas experiências e pela observação da vida diária. A contradição é menos aguda quando alguém compreende que o conceito de racionalidade usado pelo economista é mais objetivo do que subjetivo, pelo que pode não ser um equívoco falar em um sapo racional. Racionalidade significa para um economista pouco mais do que uma disposição para escolher, conscientemente ou não, um meio adequado para atingir quaisquer fins que o agente tenha. Em outras palavras, racionalidade é a habilidade a inclinação para utilizar o raciocínio instrumental para subir na vida." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* p. 17.

Lei da Oferta e da Demanda (Law of Demand), ou seja, a relação inversa entre preço estabelecido e quantidade demandada.¹⁰⁵⁷

Evidencia Posner que para a Análise Econômica do Direito a lei da demanda não operaria somente sobre bens com preços explícitos, mas também aqueles dotados de preços implícitos, exemplificando os chamados preços não pecuniários:

A punição é, ao menos do ponto de vista do criminoso (e por que não do ponto de vista da sociedade, a menos que a punição seja concebida como uma espécie de multa?), o preço que a sociedade cobra por uma conduta criminosa. O economista prevê que um aumento seja na severidade da punição seja na possibilidade de sua imposição aumentará o preço do crime e conseqüentemente reduzirá sua incidência. O criminoso será incentivado a substituir a atividade criminosa por outra. Os economistas denominam os preços não pecuniários de 'preços implícitos'.¹⁰⁵⁸

Depois de demonstrar o papel do custo no estabelecimento do preço¹⁰⁵⁹, Posner evidencia a noção econômica de custo de oportunidade (*opportunity cost*), conceito correspondente ao benefício ao qual se renuncia empregando um recurso de um modo que impede seu uso de qualquer outro modo.¹⁰⁶⁰

Posner evidencia que a Ciência Econômica trabalha com recursos, e não necessariamente com dinheiro¹⁰⁶¹, ocupando-se o economista com transações que afetam o uso de recursos, sejam elas pecuniárias ou não.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁷ POSNER, R. *id.* p. 4. Posner ilustra com um exemplo clássico abordando o denominado *efeito de substituição*, decorrência da lei em comento: "Se o preço do bife aumenta em 10¢ a libra, e se os demais preços permanecem inalterados, um bife agora custará mais para o consumidor relativamente ao que custava antes. Sendo racional e auto-interessado, o consumidor reagirá analisando a possibilidade de substituir o bife por bens que ele preferia menos quando o bife estava no preço antigo mas que agora revelam-se mais atrativos porque são mais baratos relativamente ao bife." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁵⁸ POSNER, R. *id.* pp. 5-6. Tradução livre do autor.

¹⁰⁵⁹ POSNER, R. *id.* p. 6.

¹⁰⁶⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁶¹ Observa o autor que "essa discussão acerca do custo pode auxiliar em desfazer uma das mais tenazes falácias sobre Economia – que trata de dinheiro. Pelo contrário, trata-se do uso dos recursos, sendo o dinheiro simplesmente uma reivindicação sobre recursos." POSNER, R. *id.* p. 7.

Posner frisa, ainda, que custos constituiriam um conceito orientado para o futuro (*forward-looking concept*), sendo que os custos já realizados (“*sunk costs*” ou “*incurred costs*”) não afetariam decisões sobre preço e quantidade.¹⁰⁶³

Segundo o autor, a questão dos custos passados seria útil para explicar a ênfase conferida pelos economistas para a perspectiva *ex ante* relativamente à perspectiva *ex post*, pois segundo ele as pessoas racionais tenderiam a basear suas decisões mais nas expectativas futuras do que em arrependimentos passados sobre o passado.¹⁰⁶⁴

Posner aborda ainda no capítulo inaugural da obra a importante temática do Teorema de Coase, já referida anteriormente. Afirma o autor que “a aplicação mais celebrada do conceito de custo de oportunidade na Análise Econômica do Direito é o Teorema de Coase. O Teorema, supersimplificado (...) propõe que se as transações forem livres de custos, a atribuição inicial de um direito de propriedade não afetará o uso final da propriedade.”¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶² POSNER, R. *ibid.* Nesse sentido suas reflexões: “Trabalho doméstico é uma atividade econômica, mesmo se o trabalhador doméstico for uma esposa que não recebe compensação pecuniária; ele envolve custo – principalmente o custo de oportunidade do tempo do trabalhador doméstico. Sexo é uma atividade econômica também. A busca de um parceiro sexual (bem como o ato sexual em si mesmo) requer tempo e portanto impõe um custo mensurado pelo valor daquele tempo em seu melhor uso mais próximo. O risco de doenças sexualmente transmissíveis ou de uma gravidez indesejada é também um custo do sexo – um custo real, ainda que não seja primário. Em contraste, a transferência por tributação de \$ 1.000 meus para uma pessoa pobre (ou rica) poderia ser menos custosa em si mesma, isso é, desconsiderando-se seus efeitos secundários sobre os meus incentivos e os do beneficiado, os (demais) custos de implementação, ou quaisquer diferenças possíveis no valor de um dólar para nós. Ela poderia não diminuir o estoque de recursos. Ela poderia reduzir o meu poder aquisitivo, mas poderia aumentar o do beneficiário no mesmo montante. Colocando de outra maneira, a transferência poderia ser um custo privado, mas não um custo social. Um custo social diminui a riqueza da sociedade, um custo privado reorganiza aquela riqueza.” POSNER, R. *Ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁶³ POSNER, R. *id.* p. 7. O exemplo é interessante: “Suponha que um elefante de porcelana em tamanho natural custa \$ 1.000 para construir (\$ 1.000 sendo o preço alternativo dos recursos dispendidos em fazê-lo), mas que o máximo que alguém pagaria por ele, agora que já foi construído, é \$ 10. O fato de que \$ 1.000 foram consumidos em produzi-lo não afetará o preço pelo qual será vendido, desde que o vendedor seja racional. Caso ele assuma uma posição de que não o venderá por menos do que custou para fabricá-lo, o único resultado será que em lugar de perder \$ 990 ele perderá \$ 1.000.” Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 7-8.

¹⁰⁶⁴ POSNER, R. *id.* p. 8.

¹⁰⁶⁵ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Como visto, Coase teorizou que na ausência de custos de transação uma solução eficiente seria adotada para resolver um problema de custo social independentemente da forma com que os direitos seriam atribuídos. No entanto, ainda de acordo com o Teorema, caso haja custos de transação, a eficiência da solução dependerá da

Em uma visão que endossa o liberalismo, o autor afirma que caso o governo adote um tabelamento de preços, estabelecendo o preço máximo dos produtos, abaixo do preço de equilíbrio, os resultados serão racionamento, filas e outros fenômenos semelhantes.¹⁰⁶⁶

Posner assume ainda um princípio básico segundo o qual os recursos tenderiam a gravitar em torno de seus usos mais valiosos caso os intercâmbios livres sejam permitidos, através do mercado.¹⁰⁶⁷ Segundo o autor,

Pelo processo da troca voluntária, os recursos são transferidos para aqueles usos nos quais o valor para os consumidores, tal qual medido por sua disposição em pagar, é maior. Quando os recursos estão sendo utilizados onde seu valor é maior, ou, o que é equivalente, quando nenhuma realocação pode incrementar seu valor, dizemos que eles estão sendo empregados de maneira eficiente.¹⁰⁶⁸

Este será um ponto fundamental do pensamento de Posner e da Escola de Chicago que será debatido adiante, quando da propositura de seu princípio normativo da maximização da riqueza.

distribuição de direitos. POLINSKY, A. M. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Trad. J. M. Álvarez Flórez. Barcelona: Ariel, 1985.

¹⁰⁶⁶ POSNER, R. *id.* p. 10.

¹⁰⁶⁷ POSNER, R. *id.* p. 11. Posner exemplifica: "Porque o fazendeiro A deve oferecer pela fazenda de B um preço mais elevado do que o preço mínimo de B pela propriedade? É porque a propriedade vale mais para A do que para B, significando que A pode utilizá-la para produzir um resultado mais valioso conforme a mensuração pelos preços que os consumidores estão dispostos a pagar." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁶⁸ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Portanto Posner adota o conceito de Kaldor-Hicks para definição de uma alocação eficiente de recursos. Como é sabido, tal conceito – também denominado *melhorias potenciais em Pareto* – considera uma situação alocativa eficiente se uma mudança na distribuição dos recursos tiver conduzido a um aumento da riqueza da sociedade, ou, dizendo de outro modo, se os benefícios da mudança excedem as perdas – independentemente de quem ganha e quem perde com ela. Tal conceito é bastante diverso do conceito de eficiência formulado por Pareto e que recebe seu nome, segundo o qual uma alocação de recursos se reputa eficiente se não é possível melhorar a situação de ninguém sem piorar a situação de outra pessoa. É fundamental observar que Posner adota como critério de eficiência Kaldor-Hicks, e não Pareto.

Posner define valor como “a quantia que uma pessoa está disposta a pagar por algo ou, se ela já o fez, quanto dinheiro ela pediria para abrir mão dele.”¹⁰⁶⁹

O autor observa existirem dois usos diversos do termo utilidade, um sentido amplo econômico, ou seja, como utilidade esperada, ou seja, como análise de um custo ou benefício incerto distinto de um custo ou benefício certo, conceito este entrelaçado com o de risco¹⁰⁷⁰; e o sentido utilizado pelos filósofos utilitaristas significando aproximativamente “felicidade” (*happiness*).¹⁰⁷¹

Para ilustrar o autor utiliza um exemplo sobre o sentido de utilidade para a Escola que representa, e sobre o conceito de valor como disposição de pagar – cujo pressuposto é a capacidade para tanto:

Suponha que um hormônio do crescimento tenha uma oferta muito insuficiente relativamente à demanda e seja portanto muito caro. Uma família pobre tem uma criança que poderá se tornar um anão se ela não receber um pouco do hormônio, mas a família não pode pagar o preço e não poderia sequer pedir emprestado porque as rendas futuras de uma pessoa de estatura normal é menor do que o preço do hormônio. Uma família rica tem uma criança que crescerá até o tamanho normal, mas o hormônio poderá adicionar alguns centímetros a mais, e seus pais decidem comprá-lo para ele. No sentido de valor adotado neste livro, o hormônio é mais valioso para a família rica do que para a pobre, porque o valor é medido pela disposição para pagar; mas o hormônio poderia conferir maior felicidade nas mãos da família pobre do que nas da família rica.¹⁰⁷²

Portanto, utilidade assumida por Posner é exatamente aquela em sentido econômico, e não no empregado pela filosofia utilitarista – ao contrário, como se verá, a concepção utilitarista é duramente rejeitada pelo autor. Do mesmo modo o autor evidencia que para ele a expressão eficiência (*efficiency*) denota a alocação de recursos na qual o *valor* é maximizado, sendo que, não obstante, admita ao menos

¹⁰⁶⁹ POSNER, R. *id.* p. 12. Aduzindo: “Estes não são sempre os mesmos montantes, e isso causa dificuldades que teremos que considerar adiante.” POSNER, R. *id.* p. 11.

¹⁰⁷⁰ POSNER, R. *id.* p. 12. Diante do fenômeno da aversão ao risco, a própria proteção contra ele ostentará um valor econômico. POLINSKY, A. M. *op. cit.* pp. 68 e ss.

¹⁰⁷¹ POSNER, R. *id.* p. 13.

¹⁰⁷² POSNER, R. *id.* p. 13. Tradução livre do autor.

teoricamente que a mesma possa sofrer limitações como um critério ético de tomada de decisões sociais.¹⁰⁷³

Observe-se, portanto, que a maximização do valor, compreendido como disposição para pagar – que pressupõe disponibilidade de recursos para tanto – faz com que a eficiência dependa do deslocamento dos recursos para as mãos daqueles que estão dispostos a pagar mais, como num leilão.

Como observa Posner, também no sentido do utilitarismo filosófico o critério da utilidade conheceria restrições, e não somente pela rejeição da disposição a pagar como um critério de medida, mas também porque o fato de uma pessoa ter maior capacidade de sentir prazer do que outra não constitui uma boa razão para justificar uma transferência forçada de riqueza da segunda para a primeira.¹⁰⁷⁴ O autor sustenta, ainda, que outros critérios éticos teriam igualmente seus problemas e limitações, para concluir:

Embora nenhum esforço seja feito neste livro para defender a eficiência com sendo o único critério valioso de escolha social, este livro assume, e a maioria das pessoas provavelmente concordará, que trata-se de um critério importante. Em muitas áreas de interesse para a Análise Econômica do Direito, ele é, como veremos, a coisa mais importante com a qual estudantes de políticas públicas devem se preocupar.¹⁰⁷⁵

Posner reconhece que muitos economistas preferem um critério de eficiência menos controverso, reservando o termo exclusivamente ao domínio das transações estritamente voluntárias¹⁰⁷⁶, ou seja, adotando o critério paretiano de eficiência.

¹⁰⁷³ Literalmente: “Como demonstra este exemplo, a expressão eficiência, quando utilizada como no presente livro para denotar aquela alocação de recursos na qual o valor é maximizado, possui limitações como um critério ético de tomada de decisão social.” POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁷⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁷⁵ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁷⁶ Posner: “Suponha que A venda uma estátua de madeira para B por \$ 10, ambas as partes possuindo informação plena, e a transação não afetando a ninguém senão eles mesmos. A alocação de recursos criada pela transação é denominada Pareto superior relativamente à alocação de recursos anterior à transação. Uma transação Pareto-superior (ou 'melhoria paretiana') é aquela que faz com que pelo menos uma pessoa fique em condição melhor sem deixar nenhuma outra em uma situação pior. (Em nosso exemplo, ela presumivelmente deixou tanto A quanto B em situação melhor, e ninguém em situação pior). Em outras palavras, o critério

Além das controvérsias acerca da possibilidade de adoção do critério de unanimidade¹⁰⁷⁷ como um critério de escolha social, o critério paretiano é objetado, segundo Posner, por ter poucas aplicações no mundo real, posto que a maioria das transações exerceriam efeitos sobre terceiros ou externalidades, mesmo que seja apenas modificando os preços de outros bens.¹⁰⁷⁸ Assim, Posner rejeita o conceito paretiano de eficiência, para adotar o conceito de Kaldor-Hicks:

No menos rigoroso conceito de eficiência utilizado neste livro – denominado conceito de Kaldor-Hicks de eficiência, ou maximização da riqueza – se A valora a estátua de madeira em \$ 5 e B em \$ 12, então a qualquer preço entre \$ 5 e \$ 12 a transação criaria um benefício total de \$ 7 (ao preço de \$ 10, por exemplo, A se considera \$ 5 melhor e B se considera \$ 2 melhor), portanto trata-se de uma transação eficiente, desde que o dano (se houver) feito a terceiros (descontado qualquer benefício criado para eles) não exceda \$7. A transação não poderia ser considerada Pareto superior a menos que A e B efetivamente compensassem as terceiras partes por qualquer dano por elas sofrido. O conceito de Kaldor-Hicks é também sugestivamente denominado superioridade potencial em Pareto: os vencedores podem compensar os perdedores, mesmo que eles não o façam efetivamente.¹⁰⁷⁹

Em função de seu caráter contrafático Posner sustenta que a definição de eficiência a ser adotada não seja a do ótimo de Pareto. Segundo Posner, quando um economista diz que o comércio livre ou a concorrência, ou o controle da poluição, ou ainda algumas outras políticas ou estado de coisas é eficiente, nove em dez vezes teria em mente eficiência no sentido de Kaldor-Hicks, e não de Pareto.¹⁰⁸⁰

Em resumo, para a ótica posneriana valor – disposição para pagar, que pressupõe disponibilidade de recursos – é a medida da utilidade – em sentido

de superioridade paretiana é a unanimidade de todas as pessoas afetadas." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 13-14.

¹⁰⁷⁷ Com efeito, ao definir a alocação eficiente Pareto adota a perspectiva dos envolvidos. Assim uma situação reputa-se eficiente se melhora a situação de alguém sem piorar a de ninguém na opinião dos próprios agentes. Desse modo, a unanimidade constitui um critério basilar da eficiência paretiana.

¹⁰⁷⁸ POSNER, R. *id.* p. 14. Note-se que o efeito sobre terceiros ou problema do custo social altera o juízo final de custo-benefício, podendo os custos externos anular ou reduzir o ganho realizado com a mudança alocativa.

¹⁰⁷⁹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁸⁰ POSNER, R. *id.* p. 15.

econômico – e eficiência é a alocação de recursos que agrega utilidade em grau máximo.

Por outro lado, em lugar do conceito de eficiência de Vilfredo Pareto (1848-1923), Posner adota o conceito que reputa mais realista, elaborado por Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904-1989), segundo o qual uma mudança em dada situação alocativa pode ser reputada eficiente ainda que piore a situação de alguns, desde que o ganho dos que tiveram sua situação melhorada seja maior do que as perdas dos que tiveram sua posição piorada, independentemente de haver ou não uma efetiva compensação dos segundos pelos primeiros. Acerca do critério da eficiência, Posner acrescenta ainda

A dependência do critério de eficiência denominado Pareto-superior relativamente à distribuição da riqueza – disposição para pagar e, portanto, o valor sendo função daquela distribuição – limita a eficiência como um critério último de bem social. Se renda e riqueza fossem distribuídos diferentemente, o padrão das demandas também seria diverso e a eficiência exigiria um desenvolvimento diferente dos recursos econômicos. A Economia não responde à questão se a distribuição de renda e riqueza existente é boa ou ruim, justa ou injusta, apesar de poder nos dizer muito sobre os custos de alteração da distribuição existente, bem como sobre as consequências distributivas de diversas políticas; nem responde a questão última se uma alocação eficiente de recursos seria socialmente ou eticamente desejável. Tampouco pode um economista nos dizer se, assumindo-se a distribuição de recursos existente como justa, a satisfação do consumidor deveria ser o valor dominante da sociedade. Portanto a competência do economista em uma discussão sobre o sistema jurídico é limitada. Ele pode prever o efeito de normas jurídicas sobre o valor e sobre a eficiência, em seus sentidos técnicos restritos, e sobre a distribuição existente de renda e riqueza, mas não pode expedir prescrições mandamentais para a mudança social.¹⁰⁸¹

Outro tema abordado preliminarmente por Posner nesse contexto consiste na questão acerca da possibilidade de que intercâmbios involuntários possam ser considerados, de maneira confiável, causas de aumento de eficiência. Observa que ainda que se adote o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, que, diferentemente do Pareto-eficiente, não exige que todas as transações sejam voluntárias, a disposição

¹⁰⁸¹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

para pagar pode ser vislumbrada de maneira confiável apenas em transações voluntárias.¹⁰⁸²

Além disso, aduz que "onde os recursos são alocados de acordo com tal transação, podemos estar razoavelmente seguros que tal alocação implica um incremento na eficiência", posto que a ação não ocorreria se ambas as partes não considerassem que sua situação estaria melhor após a mesma.¹⁰⁸³ Assim, Posner extrai a conclusão fundamental de que os recursos seriam mais valiosos nas mãos de seus novos proprietários do que nas dos antigos.¹⁰⁸⁴

O líder da Escola de Chicago reconhece que, no entanto, várias transações involuntárias seriam reguladas pelo Direito, como as decorrentes de responsabilidade civil ou penal, indagando-se, então, como saber quando tais transações aumentariam e quando reduziriam a eficiência econômica.¹⁰⁸⁵

Posner propõe um expediente para reduzir o inconveniente: sugere que se suponha o que teria ocorrido se uma transação voluntária tivesse sido possível.¹⁰⁸⁶ Segundo o autor tal expediente busca reconstruir de maneira plausível uma transação de mercado em circunstâncias nas quais um intercâmbio forçado tem lugar. A preferência por mecanismos de mercado e a crença em sua superioridade é evidente:

Uma troca compulsória, com o sistema legal tentando descobrir posteriormente se a troca aumentou ou reduziu a eficiência, é um método menos eficiente de alocação de recursos do que uma transação de mercado – onde as transações de mercado sejam possíveis. Mas frequentemente elas não o são, e então a escolha se dá entre um sistema rudimentar de intercâmbios forçados legalmente regulados e as ineficiências ainda maiores de proibir quaisquer intercâmbios forçados, o que pode significar

¹⁰⁸² POSNER, R. *id.* p. 15.

¹⁰⁸³ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁸⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁸⁵ POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁸⁶ Posner: "Se por exemplo a questão se água limpa é mais valiosa como um insumo na produção de papel do que para navegação, devemos tentar determinar, usando quaisquer dados quantitativos ou de outra natureza que estejam disponíveis para nos auxiliar, se em um mundo de custos de transação negativos a indústria de papel compraria dos navegadores o direito de uso da água." Tradução livre do autor.

todos os intercâmbios, posto todos possuem alguns efeitos sobre terceiros.¹⁰⁸⁷

Posner acrescenta que em um mercado ambas as partes em uma transação seriam compensadas, sob pena da transação não ser considerada voluntária. No entanto, quando o sistema jurídico, invocando a noção de “perturbação” (*nuisance*) determina, por exemplo, que alguém deixe de utilizar sua propriedade imobiliária de determinada maneira com o fundamento de que ele cria menos valor do que retira das propriedades circunvizinhas, aquele não é compensado por isso.¹⁰⁸⁸

Diante do questionamento acerca de como poderiam ser defendidos os esforços legais de simulação de mercado, se eles não seriam capazes de promover felicidade, ou ainda de qual seria a base ética do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, compreendida como maximização de utilidade¹⁰⁸⁹, assim se manifesta o autor:

Uma resposta é que as coisas que a riqueza torna possíveis – não apenas ou principalmente o luxo, mas lazer, conforto, medicina moderna e oportunidades de auto-expressão e de autorrealização – são ingredientes principais da felicidade da maioria das pessoas, de modo que a maximização da riqueza é instrumental relativamente à maximização da utilidade. Tal resposta vincula a eficiência ao utilitarismo.¹⁰⁹⁰

Posner frisa que os economistas não se arrogariam na competência de fazer os julgamentos últimos acerca de valores, mas que simplesmente seriam capazes de iluminar os efeitos de políticas públicas (*public policies*) sobre a eficiência econômica. Eles não estariam aptos, segundo o autor, a indicar ao órgão com competência decisória decisor o peso que devesse ser atribuído à eficiência como

¹⁰⁸⁷ POSNER, R. *id.* p. 16. Tradução livre do autor.

¹⁰⁸⁸ POSNER, R. *ibid.*: “Uma transação juridicamente imposta é constitui um incremento menos certo na felicidade líquida do que uma transação de mercado porque a miséria dos perdedores (não compensados) pode exceder o gozo dos vencedores.” Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁸⁹ POSNER, *ibid.*

¹⁰⁹⁰ POSNER, *ibid.* Tradução livre do autor.

uma finalidade política, mas poderiam aconselhá-lo relativamente à viabilidade da realização de outras finalidades.¹⁰⁹¹

Embora admita que as assunções da teoria econômica possam parecer pouco realistas, Posner busca demonstrar que as mesmas ostentariam realismo. Segundo ele, além da racionalidade concebida em termos econômicos ser meramente instrumental e não necessariamente ser consciente, o autor evidencia que a abordagem considera os custos relativos à aquisição da informação e sua absorção e processamento¹⁰⁹².

Posner admite que ainda que feitas tais ressalvas, as categorias econômicas poderiam parecer unidimensionais e pálidas para descrever comportamentos humanos complexos como o do magistrado ou do criminoso. No entanto, afirma que abstração é uma necessidade de qualquer teoria dotada de poder explicativo, pelo que não invalidaria a teoria, antes, constituiria sua pré-condição.¹⁰⁹³

O autor evidencia a necessidade de a teoria ser testada por sua capacidade de explicar a realidade, admitindo que muitas vezes as assunções teóricas insuficientemente realistas poderiam invalidá-la. Por outro lado, afirma que, por seu poder explicativo, a teoria econômica teria conhecido um sucesso significativo, ainda que parcial.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹¹ POSNER, R. *id.* p. 16. Mais adiante: “Embora o economista não possa dizer à sociedade se ela deve buscar limitar o furto, o economista pode mostrar que pode ser ineficiente permitir furtos ilimitados e pode, portanto, evidenciar um conflito de valores mostrando o quanto de um valor – eficiência – precisa ser sacrificado para atingir outro. Ou, tomando a finalidade de limitar o furto como dada, o economista pode ser capaz de mostrar que os meios pelos quais a sociedade tentou atingir aquela finalidade são ineficientes – que a sociedade pode obter maior prevenção, a um custo menor, utilizando métodos diferentes. Se os métodos mais eficientes não prejudicarem outros valores, eles podem ser socialmente desejáveis mesmo se a eficiência estiver em um nível baixo da escala de valores sociais.” POSNER, R. *id.* p. 27. Tradução livre do autor.

¹⁰⁹² POSNER, R. *id.* p. 17. O próprio autor menciona, em nota de rodapé, o conceito de racionalidade limitada (*bounded rationality*) para se referir à racionalidade de pessoas que se encontram diante de custos positivos para a utilização de informação disponível para a tomada de decisões.

¹⁰⁹³ POSNER, R. *id.* p.18.

¹⁰⁹⁴ Segundo o autor “a Teoria Econômica é capaz de explicar um vasto número de fenômenos de mercado e extramercado, bem como a relação inversa, mencionada na primeira seção deste capítulo, entre tabelamento de preços e filas; a relação inversa entre controle de aluguéis e a quantidade de imóveis para locação; a relação positiva nos mercados financeiros entre risco e retorno esperado; a relação entre preços futuros e preços atuais de mercado; a dependência entre ingresso no ensino superior sobre os retornos financeiros; o fato que os melhores bens

Posner observa, ainda, que a capacidade preditiva de uma teoria constituiria outro teste importante de sua validade, assim como a capacidade de fundamentar intervenções efetivas no mundo da ação, e afirma que a Ciência Econômica ostentaria demonstrações numerosas de poder preditivo e de aplicação prática.¹⁰⁹⁵

Outro aspecto do pensamento posneriano que se revela importante na relação entre Direito e Economia consiste na sua peculiar visão sobre a decisão judicial. Segundo o autor

Admite-se que poucas decisões judiciais contém referência explícita a conceitos econômicos. Mas frequentemente os reais fundamentos da decisão judicial são ocultados mais do que iluminados pela retórica característica das decisões. Inclusive a educação jurídica consiste primordialmente em ensinar a escavar através da superfície retórica para encontrar aqueles fundamentos, muitos dos quais acabam ostentando um caráter econômico. (...) Eu não ficaria surpreso em constatar que muitas doutrinas jurídicas se baseassem sobre intuições desarticuladas sobre a eficiência, especialmente considerando que tantas doutrinas jurídicas datam do século dezenove, quando uma ideologia do *laissez-faire* baseada na Economia Clássica era a ideologia dominante das classes instruídas.¹⁰⁹⁶

Posner afirma que sua teoria da eficiência do *common law* não significa que toda doutrina ou decisão integrante do *common law* seja eficiente, o que considera altamente improvável, mas uma compreensão no sentido de que o mesmo seria melhor explicado – ainda que não perfeitamente – como um sistema de maximização da riqueza da sociedade.¹⁰⁹⁷

Abordando a conhecida – e controvertida – doutrina da superioridade do *common law* sobre o Direito legislado, Posner afirma que "os campos do direito

tendem a ser enviados para as distâncias mais longínquas e os piores a serem consumidos aqui; e muitos outros." POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁹⁵ POSNER, R. *id.* pp. 18-19.

¹⁰⁹⁶ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹⁰⁹⁷ POSNER, R. *ibid.* Uma observação de cunho terminológico se impõe. Quando entendemos que a referência do autor é à tradição jurídica anglo-americana de origem precipuamente judicial e calcada nos precedentes judiciais e na regra do *stare decisis*, grafamos *Common Law* com iniciais maiúsculas. Ocorre que por vezes Posner e outros autores sustentam uma supremacia do ramo do Direito que regula propriedade, posse, contrato e institutos análogos ao que os juristas da tradição romano-germânica denominariam Direito Privado. Quando entendemos que Posner faz referência a este ramo do direito norte-americano *common law* será grafada com iniciais minúsculas.

legislado ou do Direito Constitucional como distintos daquele do *common law* são menos plausivelmente promotores de eficiência, mesmo que eles (...) sejam permeados de preocupações econômicas e iluminados pela análise econômica".¹⁰⁹⁸

Posner chama a atenção para a aparente diferença de perspectivas do jurista e do economista, a saber, a perspectiva *ex post* do primeiro e a perspectiva *ex ante* do último. O autor utiliza-se do exemplo de um caçador descuidado que atinge uma pessoa por engano, para ilustrar:

Não apenas justiça e equidade não são termos econômicos, mas o economista não é (alguém pode pensar) interessado na questão que preocupa a vítima e seu advogado: quem deve arcar com os custos desse acidente? Para o economista o acidente é um capítulo encerrado. Os custos que ele inflingiu estão consumados. O economista está interessado em como prevenir acidentes futuros que não são justificados em termos de custos e, portanto, reduzir a soma dos custos dos acidentes e de sua prevenção. As partes litigantes podem não ter interesse no futuro. Seu único interesse pode ser as consequências financeiras de um acidente passado.¹⁰⁹⁹

Apesar disso, Posner afirma que tal distinção não raro teria sido exagerada, e pondera que a decisão do caso afetará o futuro também e portanto também interessaria ao economista, posto que estabelecerá ou confirmaria uma norma de comportamento.¹¹⁰⁰

Assim, sustenta o autor que o juiz e os advogados não poderiam ignorar o futuro, pois a *legal rule* estabelecida naquele julgamento constituirá um precedente e influenciará a decisão de futuros casos semelhantes. Afirma, ainda, que se ampliando um pouco a perspectiva percebe-se que a determinação do que é justo para as partes adquire contornos mais amplos, tornando-se a definição do que é

¹⁰⁹⁸ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Aduz Posner que "tal análise é útil também para explicar tais características institucionais do sistema jurídico, como o papel do precedente na alocação das responsabilidades de aplicação do direito entre particulares e órgãos públicos." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹⁰⁹⁹ POSNER, R. *id.* p. 28. Tradução livre do autor.

¹¹⁰⁰ POSNER, R. *ibid.* "A decisão é um aviso que se alguém comportar-se de determinada maneira e um acidente resultar de seu comportamento, este alguém terá que pagar conforme uma decisão (ou não obterá uma decisão, se for a vítima). Alterando assim o preço implícito (do comportamento de risco) com o qual se deparam as pessoas, o aviso poderá afetar seu comportamento e conseqüentemente os custos do acidente." POSNER, R. *Ibid.*

justo para uma classe de atividades. Portanto, no raciocínio do autor, não poderia ser resolvido sem levar-se em consideração o impacto de normas alternativas .¹¹⁰¹

É importante distinguir no pensamento de Posner, ainda, a Teoria Econômica do Direito (*economic theory of law*) da Teoria da Eficiência do *common law* (*efficiency theory of the common law*), como faz o próprio autor:

A 'Teoria Econômica do Direito' e a 'Teoria da Eficiência do *common law*' não devem ser confundidas. A primeira busca explicar tantos fenômenos quanto possível através do uso da Economia. A última (que faz parte da primeira) hipotetiza uma finalidade especificamente econômica para um subconjunto limitado de normas jurídicas, instituições e assim por diante.
1102

Posner dedica parte de suas atenções na obra *Economic Analysis of Law* exatamente à questão da superioridade do *common law*, característica da Escola de Chicago e marcante em seu pensamento, confrontando aquele setor do Direito norte-americano com o direito legislado.¹¹⁰³

Inicia observando que fenômenos como os monopólios, a poluição, as fraudes e outros produtos infelizes do mercado são comumente interpretados como falhas do mercado autorregulador e, por conseguinte, como justificativas para a regulação estatal.¹¹⁰⁴

Segundo Posner, esta maneira de encarar a questão seria equivocada, pois a falha seria, ao mesmo tempo, do mercado e das leis do mercado prescritas pelo *common law*. O autor exemplifica:

¹¹⁰¹ POSNER, R. *id.* p. 28. "A perspectiva *ex ante* não é estranha ao processo judicial, enfim."
POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁰² POSNER, R. *id.* p. 29. Tradução livre do autor.

¹¹⁰³ Como já visto *common law* designa por vezes não a tradição jurídica oriunda dos precedentes judiciais originária da Inglaterra e transplantada para os Estados Unidos, mas conceito oposto a direito legislado, que nos EUA tem por objeto temas como a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil.

¹¹⁰⁴ POSNER, R. *id.* p. 401.

A poluição, por exemplo, não seria considerada um problema sério se os remédios do *common law*, como *nuisance* e *trespass*, fossem métodos eficientes de minimização dos custos da poluição. A escolha raramente se dá entre mercado livre e regulamentação pública. Ela se dá entre dois métodos de controle público – o sistema do *common law* de direitos efetivados de maneira privada e o sistema administrativo de controle público direto – e deve depender de uma ponderação de suas forças e fraquezas em contextos particulares.¹¹⁰⁵

Sustenta o autor que as características essenciais e co-relacionadas do método de regulação do *common law* seriam duas, quais sejam, fundar-se o sistema principalmente nos cidadãos e seus advogados – e não em funcionários públicos e juízes – e, além disso, a criação de incentivos ao cumprimento das normas pela ameaça de ter de compensar as vítimas pelo dano que lhes seja causado por violá-las.¹¹⁰⁶

É óbvio o ponto de vista do autor favorável preferencialmente ao primeiro sistema. Na ótica posneriana, a regulação direta ou administrativa pelo Estado apoia-se pesadamente sobre funcionários públicos e magistrados, buscando prevenir a ocorrência de danos mais do que compensar as vítimas dos mesmos.¹¹⁰⁷

Por outro lado, de acordo com o autor, a questão fundamental para se optar pela regulação pelo *common law* ou pela legislação estaria relacionada ao valor do dano causado por uma conduta e seu efeito no que diz respeito aos incentivos sobre o causador.¹¹⁰⁸

Segundo Posner, "se o dano que uma atividade inflige sobre cada vítima é tão pequena a ponto de fazer com que mover um processo judicial não seja viável,

¹¹⁰⁵ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁰⁶ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁰⁷ POSNER, R. *ibid.* Exemplifica Posner: "Sob as normas do direito de vizinhança do *common law*, o poluidor pode ser compelido, através de uma ação judicial, a pagar indenização às pessoas prejudicadas pela poluição; sob a lei federal sobre o ar e a água limpos, órgãos públicos criam e administram padrões voltados a prevenir a emissão de poluentes em quantidades perigosas." *Ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹⁰⁸ POSNER, R. *id.* p. 402.

verifica-se um argumento para a regulação direta, desde que o dano total infligido por tal atividade seja substancial relativamente ao custo de prevenção.”¹¹⁰⁹

Por outro lado, observa o autor que, talvez surpreendentemente, a regulação direta ou pública (pela legislação e por funcionários públicos) volta à tona “quando o dano não é muito pequeno, mas muito grande.”¹¹¹⁰

Segundo o autor, o causador de um dano pode não ter os recursos necessários para arcar com uma condenação indenizatória muito elevada, e isso constituiria um incentivo para que a observância das normas seja reduzida, pois ele estará passando parte de seu risco para a vítima. Pode ser, por outro lado, que se a condenação possa atingir a integralidade do patrimônio do ofensor, todavia, que haja incentivo suficiente.¹¹¹¹ Posner sustenta, portanto, que

essa análise não implica substituir o *common law* pela legislação em qualquer área, mas a suplementação do último pela primeira nas áreas em que o direito da responsabilidade civil seja incapaz de prover incentivos suficientes para um comportamento eficiente, porque os danos das vítimas é muito pequeno ou muito grande.¹¹¹²

De acordo com o autor, no entanto, a análise tornar-se-ia mais complexa quando se abordam problemas relacionados com a regulação pelo *common law*, como, por exemplo, as limitações do *common law* para lidar com acidentes fatais em geral, relacionada com o problema de danos demasiadamente grandes.¹¹¹³

O problema da avaliação de uma vida não parece passível de ser resolvido pelo deslocamento da questão da regulação pelo *common law* para a regulação pelo Direito legislado, de acordo com Posner.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹¹⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹¹¹¹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹¹² POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹¹³ POSNER, R. *ibid.*

¹¹¹⁴ POSNER, R. *ibid.*

Pondera o autor que se alguém considera que o Direito da responsabilidade civil (*tort law*) subestima sistemática e irremediavelmente os danos em casos de morte, o papel da regulação direta seria suplementar o *tort law*; mas se alguém considera que o Direito da responsabilidade civil superestima aqueles danos ou simplesmente os avalia mal a maior parte do tempo, haveria um argumento em favor da regulação, a menos que considere que os legisladores estimariam os valores em questão de forma tão errônea quanto os juízes.¹¹¹⁵

Além disso, o autor evidencia outras limitações inerentes a certas temáticas, como, por exemplo, se determinadas doenças – câncer, por exemplo – desenvolvidas em determinadas circunstância poderiam ou não ser atribuídas ao proprietário de um reator nuclear envolvido em um acidente; se problemas decorrentes da poluição do ar poderiam ser atribuídos ao responsável por determinadas emissões, ou se seriam imputáveis a um conjunto indeterminável de emissores de poluentes.¹¹¹⁶ Assim, sustenta Posner que

Portanto a regulação direta pode ser radicalmente imperfeita. Por um lado, ela tende a ser mais custosa do que a regulação pelo *common law*, por se contínua; a maquinaria do *common law* é invocada apenas se alguém efetivamente é lesado. (...) Por outro lado, a regulação por legislação tende a ser mais politicizada do que o *common law* porque os juízes revelam-se mais protegidos contra recompensas políticas e retribuições do que os administradores. Um ponto correlato é que a legislação envolve sérios problemas de informação. Se as vítimas de acidentes não têm nada a ganhar trazendo ao conhecimento do governo uma situação insegura, os reguladores poderão encontrar dificuldades em descobrir exatamente onde se encontra o problema.¹¹¹⁷

De acordo com o autor, a regulação operaria melhor quando se revelar impossível, pela manipulação de poucas e bem conhecidas informações, obter-se resultados justificados a partir do custo. A punição da embriaguez ao volante seria um exemplo, na ótica posneriana, pois "os custos externos seguramente excederiam os benefícios para o motorista, e a dificuldade em mensurar os custos de acidentes

¹¹¹⁵ POSNER, R. *id.* p. 403.

¹¹¹⁶ POSNER, R. *ibid.*

¹¹¹⁷ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

fatais induz a buscar prevenir o acontecimento dos acidentes, proibindo a conduta perigosa antes da ocorrência de um acidente."¹¹¹⁸

As teses da Teoria Econômica do Direito e da Teoria da Eficiência do *common law* serão desenvolvidas e aprofundadas na obra intitulada *Economia da Justiça*, além de outras concepções, como a teoria posneriana da decisão judicial e da Justiça.

Na obra *The Economics of Justice*, Posner desenvolve o que denomina “Economia do comportamento extramercado” (*the Economics of Nonmarket Behavior*), ao abordar do ponto de vista econômico questões que, como observa, normalmente são consideradas estranhas ao pensamento econômico, como o significado de justiça, a origem do Estado e a discriminação racial.¹¹¹⁹ Segundo ele

Embora o objeto tradicional da Economia seja o comportamento de indivíduos e organizações em mercados, uma reflexão momentânea sobre os instrumentos analíticos básicos utilizados para estudar mercados sugerirá a possibilidade de uma utilização mais ampla da Economia. O instrumento é a assunção de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações.¹¹²⁰

Posner afirma não ser plausível imaginar que as pessoas atuem racionalmente somente quando envolvidas em alguma negociação realizada no âmbito do mercado e em nenhuma outra esfera de suas vidas.¹¹²¹ Pondera, portanto, que se o comportamento humano em geral é racional, o aparato construído por gerações de economistas serviria para a explicação do comportamento extramercado assim como o do comportamento intramercado.¹¹²²

¹¹¹⁸ POSNER, R. *ibid.*

¹¹¹⁹ POSNER, R. **Economics of Justice, the**. Cambridge: Harvard Univesity Press, 1983, p. 1.

¹¹²⁰ POSNER, R. *ibid* Tradução livre do autor.

¹¹²¹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹²² POSNER, R. *id.* pp. 1-2.

Posner afirma que Jeremy Bentham¹¹²³ acreditava na racionalidade humana como maximização da satisfação humana em todas as áreas da vida, admitindo que este autor desempenha um importante papel em *The Economics of Justice*.¹¹²⁴

Posner observa que o *revival* contemporâneo de aplicação do ferramental da Ciência econômica a comportamentos extramercado remonta à tese doutoral de Gary Becker acerca da Economia da discriminação racial (*The Economics of Discrimination*, 1957), na Universidade de Chicago¹¹²⁵, conforme já visto. Como observa o autor

Becker e seus estudantes e discípulos introduziram a Economia em áreas tão diversas como educação, fertilidade, utilização do tempo para tarefas domésticas, comportamento de criminosos e promotores, caridade, caça pré-histórica, escravidão, suicídio, adultério, e mesmo o comportamento de ratos e pombos.¹¹²⁶

Foi em função deste trabalho pioneiro, evidencia Posner, que se desenvolveram as possibilidades de Análise Econômica do Direito.¹¹²⁷

Observa o autor que a Análise Econômica do Direito teria dois braços, a saber, um antigo, relativo ao estudo das normas reguladoras de atividades explicitamente econômicas, e um novo, consistente na análise das normas

¹¹²³ Posner, acerca da filosofia utilitarista de Bentham: "A proposta deste capítulo é principalmente negativa – despertar a desconfiança do leitor acerca do utilitarismo, através do exame do pensamento de seu mais completo praticante, Jeremy Bentham. O utilitarismo não carece de críticos, e muitas de minhas críticas já são antigas. O que talvez seja novo é que não apenas eu concorde com Bentham que as pessoas seriam maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as áreas da vida, mas eu creio que a eficiência econômica é um princípio tanto ético quanto científico – e não é a Economia simplesmente utilitarismo aplicado? Não, não é, como eu espero demonstrar. POSNER, R. *id.* p. 13. Tradução livre do autor.

¹¹²⁴ POSNER, R. *id.* p. 2. Posner observa que "a aplicação da Economia ao crime e à pena feita por Bentham foi negligenciada pelos economistas por quase duzentos anos, embora tenha exercido influência na penologia." POSNER, R. *ibid.*

¹¹²⁵ POSNER, R. *id.* p. 3.

¹¹²⁶ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹²⁷ POSNER, R. *ibid.*

reguladores de atividades extramercado, ou seja, de atividades não explicitamente econômicas.¹¹²⁸

Referindo-se aos estudos precursores de Ronald Coase e Guido Calabresi, Posner afirma que o estudo de Coase é devido a um *insight* que ele teve ao analisar alguns casos em que tribunais britânicos, interpretando o *common law*, decidiram os mesmos de maneira aparentemente conforme com a solução econômica para os mesmos.¹¹²⁹ Segundo Posner, o *insight* de Coase frutificara após 1971, pois a partir de então

Eu e outros reanimamos a hipótese de que o *common law* é melhor explicado partindo da premissa de que os juízes estivessem tentando maximizar o bem-estar econômico. A hipótese não é a de que os juízes podem reproduzir plenamente os resultados obtidos a partir de mercados competitivos, mas que dentro dos limites postos pelos custos de administração do sistema jurídico (custos que devem ser levados em conta em qualquer esforço para promover eficiência através de normas jurídicas), a aplicação do *common law* traz o sistema econômico para perto dos resultados que teriam sido produzidos por uma competição real – um mercado livre operando sem externalidades, monopólio ou problemas de informação relevantes.¹¹³⁰

De acordo com Posner existiriam evidências acerca de uma estrutura econômica implícita do *common law* baseada em diversos estudos acerca de normas jurídicas, instituições, processos e decisões. Afirma o autor que tais evidências não ficariam circunscritas a casos particulares em que a inspiração econômica era mais evidente, como na notória decisão do juiz Learned Hand sobre negligência em *United States v. Carroll Towing Co.*¹¹³¹ Segundo o autor, a racionalidade econômica do *common law* seria mais sutil:

¹¹²⁸ POSNER, R. *id.* p. 4. O primeiro corresponderia, portanto, ao Direito Econômico e da regulação.

¹¹²⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹³⁰ POSNER, R. *id.* pp. 4-5. Tradução livre do autor.

¹¹³¹ POSNER, R. *id.* p. 5. Recorda o autor que, em tal precedente Learned Hand definiu *negligence* como a falta de cuidado em circunstâncias nas quais o custo do cuidado (“ônus da precaução”, na decisão em comento) fosse inferior à probabilidade de ocorrência do acidente multiplicada pela sua magnitude das perdas caso ele ocorresse efetivamente. Como observa Posner, “um economista chamaria o produto dessa multiplicação de custos esperados do acidente.” POSNER, R. *ibid.*

Analizando uma ampla variedade de doutrinas jurídicas – exemplos difundidos são os da assunção do risco no direito da responsabilidade civil, os graus do homicídio, os princípios da responsabilidade civil e contratual, causa direta, erro e fraude no direito contratual, os princípios da restituição, a doutrina da '*moral consideration*', a estrutura dos direitos de propriedade sobre a água, co-autoria, e salvados em Direito Marítimo – os economistas e os juristas com pensamento econômico constataram que o Direito segue a Economia.¹¹³²

Da obra *The Economics of Justice* o aspecto de principal interesse consiste na discussão que Posner estabelece acerca da relação entre a ideia de eficiência, concebida como maximização de riqueza, e a ideia de justiça. Segundo o autor, além da importância do tema em si mesmo, seu interesse particular em abordar a questão se originaria principalmente da argumentação relativamente frequente no sentido de que a teoria da eficiência não seria plausível porque juiz algum seria guiado por um princípio tão rude como o da maximização da riqueza.¹¹³³

Inicialmente Posner aborda a temática do utilitarismo, da Economia e da teoria social, evidenciando que uma das críticas comuns à Análise Econômica do Direito consistiria em identificar a Ciência Econômica com o utilitarismo para, em seguida, fazer a crítica deste.¹¹³⁴

Posner propugna pela distinção entre utilitarismo e Economia, e sustenta que a norma econômica que denomina "*wealth maximization*" proporcionaria uma base mais firme para a teoria ética do que o utilitarismo.¹¹³⁵ Segundo o autor

O utilitarismo e a Economia normativa são comuns e facilmente confundidos. O utilitarismo, em seu sentido vulgar e como utilizarei o termo aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, prática, instituição ou norma deve ser julgado a partir de seu efeito na promoção da felicidade – 'o excedente do prazer sobre a dor' – agregada de todos os membros (em algumas versões

¹¹³² POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹³³ POSNER, R. *id.* p. 6.

¹¹³⁴ POSNER, R. *id.* p. 48.

¹¹³⁵ POSNER, R. *ibid.*

do utilitarismo, de todos os seres sencientes) da sociedade, que pode ser um país ou o mundo inteiro.¹¹³⁶

O autor recusa a ideia de que a base da Economia seria idêntica à concepção utilitarista de maximização do prazer e minimização da dor para o maior número possível de pessoas. Segundo Posner a distinção radicaria no diferente sentido da expressão utilidade para a Ciência Econômica e para a Filosofia utilitarista, como já especificado em *Economic Analysis of Law* e repisado em *The Economics of Justice*.¹¹³⁷

Além disso, de acordo com o autor da Escola de Chicago, mesmo quando concebida como uma espécie de utilitarismo aplicado, a Economia consistiria em um campo de atividade intelectual distinto do utilitarismo filosófico, possuindo um vocabulário técnico, teoremas e metodologia que podem ser desconhecidos pelo filósofo utilitarista.¹¹³⁸

Observa ainda que as origens do utilitarismo seriam mais antigas do que as da Economia e que o primeiro não conheceria um desenvolvimento comparável ao da Economia, senão através de Bentham, da geração posterior à de Smith. Sustenta adicionalmente que a teoria jurídica sentiria o impacto do utilitarismo na época de Bentham, mas somente experimentaria a influência da Economia no século XX.¹¹³⁹

Aduz o autor o argumento segundo o qual "até recentemente, o utilitarismo dominava na teoria jurídica, mas a análise econômica explícita era rara", sendo atualmente a tendência inversa, isto é, "hoje a maior parte dos teóricos do direito

¹¹³⁶ POSNER, R. *id.* pp. 48-49. Tradução livre do autor.

¹¹³⁷ "A Economia normativa sustenta que uma ação deve ser julgada por seu efeito na promoção do bem-estar social, um termo não raro definido tão vagamente a ponto de ser sinonimizado com o conceito utilitarista de felicidade, salvo pelo fato de que ordinariamente seres não humanos não são incluídos no conceito de bem-estar social. A identificação da Economia com o utilitarismo foi reforçada com a tendência na Economia em se utilizar o termo 'utilidade' como um sinônimo de bem-estar, bem como a expressão 'maximização de utilidade', e pelo fato de que muitos teóricos utilitaristas proeminentes, como Bentham, Edgeworth e John Stuart Mill, foram também economistas proeminentes. Além disso, muitos praticantes da 'Economia do bem-estar' (a expressão mais comum para fazer referência à Economia normativa) descrevem sua atividade como utilitarismo aplicado." POSNER, R. *id.* p. 49. Tradução livre do autor.

¹¹³⁸ POSNER, R. *id.* p. 49.

¹¹³⁹ POSNER, R. *id.* pp. 49-50. De acordo com Posner haveria alguns estudos *pseudoeconômicos*, exemplificando com a análise de Roscoe Pound acerca do *Law of Torts*, na década de 1940.

que discutem o utilitarismo o rejeitam como fundamento de uma teoria jurídica normativa.¹¹⁴⁰

Posner busca abordar alguns problemas do utilitarismo com vistas a distinguí-lo da abordagem centrada na maximização da riqueza, começando por evidenciar duas características da teoria utilitarista, quais sejam, sua ambivalência como moralidade individual e justiça social¹¹⁴¹ ao mesmo tempo e a amplitude do conceito de *maximand*.¹¹⁴²

Como observa Posner, para o utilitarismo, "a felicidade, ou utilidade, é maximizada quando as pessoas ou criaturas são capazes de satisfazer suas preferências, quaisquer que tais preferências possam ser, na maior extensão possível."¹¹⁴³ Acrescenta, ainda, que tal formulação não exclui a possibilidade de paternalismo, isto é, que A conheça as reais preferências de B melhor do que o próprio B.¹¹⁴⁴

Segundo o autor, uma das principais críticas endereçadas ao utilitarismo seria aquela acerca de sua incerteza. A crítica questiona a felicidade de qual ou quais pessoas deveria ser levada em consideração a se formular uma política, sendo que tal problema conduz alguns a rejeitarem o utilitarismo.¹¹⁴⁵ Segundo Posner,

uma vez que utilidade em sentido lato é algo possuído por muitos animais, a teoria parece exigir a inclusão de ovelhas e porcos na população cuja felicidade deve ser maximizada. (...) Mas há algo errado em um sistema filosófico que não distingue entre pessoas e ovelhas. Na moralidade utilitarista, um motorista que desviou de duas ovelhas e deliberadamente

¹¹⁴⁰ POSNER, R. *id.* p. 51.

¹¹⁴¹ "Um homem bom é aquele que se empenha em maximizar a soma total de felicidade (sua e dos demais) e a boa sociedade é aquela que busca maximizar aquela soma total." POSNER, R. *id.* p. 52.

¹¹⁴² Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.* *Maximand* constitui o um conceito econômico que se refere a uma quantidade ou a algo que deve ser maximizado.

¹¹⁴³ POSNER, R. *The Economics* cit. p. 52.

¹¹⁴⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁴⁵ POSNER, R. *id.* p. 52.

matou uma criança não pode ser considerado um homem mal, porque sua ação deve ter aumentado o total de felicidade no mundo.¹¹⁴⁶

Um problema fronteiroço análogo ocorreria, de acordo com Posner, no que se refere aos estrangeiros. Afinal, a filosofia utilitarista não deixa evidente se a felicidade dos nacionais deveria ser levada em consideração e a dos estrangeiros deveria ter peso igual a zero ou se, contrariamente, seria apropriada uma perspectiva mais abrangente. O mesmo problema se colocaria acerca dos nascituros, e assim por diante.¹¹⁴⁷

Em seguida Posner evidencia um inconveniente ainda maior acerca do utilitarismo, qual seja, o da discussão sobre a maximização da felicidade média ou da felicidade total, ilustrando com exemplos:

O problema dos estrangeiros e dos nascituros relaciona-se à antiga discussão sobre se a finalidade deve ser maximizar a felicidade média ou a felicidade total. Se a metade pobre da população de Bangladesh for morta, o padrão de vida – e, pelo que sabemos, a felicidade subjetiva também – da metade remanescente deve subir em função da proporção mais elevada entre população e terra ou outros recursos naturais. De todo modo, a felicidade total deve ser menor. Análogamente, uma taxa de natalidade elevada pode causar uma redução no padrão de vida de um país superpopuloso, mas esta perda deve ser mais do que compensada pela satisfação, mesmo se um pouco escassa, da população acrescentada. Não há uma base clara na teoria utilitarista para escolher entre felicidade média e felicidade total, mas a última é mais consistente com a simples insistência da utilidade como *maximand*.¹¹⁴⁸

Outro problema do utilitarismo, observa Posner, consistiria na falta de um método que permitisse calcular o efeito de uma decisão ou política sobre o total de

¹¹⁴⁶ POSNER, R. *id.* p. 53. Tradução livre do autor.

¹¹⁴⁷ POSNER, R. *ibid.* Observa o autor: "Se incluir estrangeiros e nascituros não consiste em um problema que possa ser resolvido diretamente pelo utilitarismo, novamente parece que, se a maximização de utilidade deve ser tomada a sério, a mais ampla concepção possível de população relevante deve ser utilizada." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁴⁸ POSNER, R. *id.* p. 54. Tradução livre do autor.

felicidade da população relevante, referindo-se à crítica de Friedrich August Von Hayek, para quem o utilitarismo pressuporia onisciência.¹¹⁴⁹

O autor destaca que mesmo tangenciando o problema das fronteiras e abrangendo apenas a população humana, inexistiria uma técnica confiável de mensuração das mudanças no nível de satisfação de um indivíduo relativamente à mudança no nível de satisfação de outro.¹¹⁵⁰

Posner considera que a abordagem paretiana talvez pudesse parecer apta a fornecer uma solução ao problema. Como visto, uma mudança pode ser considerada Pareto-eficiente se faz com que ao menos uma pessoa fique em melhor situação sem deixar nenhuma outra em situação pior. Tal mudança, portanto, por definição aumentaria o total de felicidade humana no mundo.¹¹⁵¹

Outra vantagem operacional da abordagem paretiana seria a exigência de informação apenas sobre a utilidade marginal, e não total, além do fato de existir um instrumento operativo para atingir a melhoria paretiana, qual seja, a transação voluntária.¹¹⁵² No entanto, observa Posner, reiterando aspecto já analisado em *Economic Analysis of Law*, que

(...) a condição de que nenhum terceiro seja afetado por uma transação 'voluntária' raramente pode ser satisfeita. Além disso, a transação voluntária ou solução de livre mercado ao problema da mensuração da utilidade coloca duas questões críticas: se os bens trocados foram inicialmente distribuídos de modo a maximizar (se as pessoas com dinheiro para as quais deriva a maior quantidade de felicidade das coisas que o dinheiro pode comprar?) e se um sistema de livre mercado cria mais felicidade do que sistemas alternativos de alocação de recursos fariam.¹¹⁵³

Segundo Posner, esta não seria, no entanto, uma dificuldade do utilitarismo em particular, posto que os sistemas éticos em geral deparar-se-iam com a mesma

¹¹⁴⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁵⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁵¹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁵² POSNER, R. *id.* pp. 54-55.

¹¹⁵³ POSNER, R. *id.* p. 55. Tradução livre do autor.

dificuldade em desenvolver políticas específicas a partir de suas premissas. Porém, tal constatação por si só não melhora a situação do utilitarismo e não o torna mais compatível com a opinião de alguém que advogue, por exemplo, um governo limitado.^{1154_1155}

Tal discussão conduz ainda a outra crítica feita ao utilitarismo, qual seja, a do risco de instrumentalização. Observa Posner ser plausível entender que o utilitarismo pode conduzir a resultados muito díspares:

Se a felicidade é maximizada permitindo às pessoas terem propriedade, casar com quem escolherem, mudar de emprego e assim por diante, então o utilitarista admitirá o direito a essas coisas, mas se a felicidade pode ser incrementada tratando as pessoas mais como ovelhas, então os direitos serão jogados pela janela. As pessoas não parecem ser mais felizes em Estados totalitários do que em Estados democráticos, mas se elas fossem, o utilitarista consistente irá defender o utilitarismo.¹¹⁵⁶

Em síntese, o autor sustenta que o utilitarismo fundaria direitos sobre o que denomina de intuições empíricas que supostamente promoveriam felicidade e que não seriam passíveis de verificação com qualquer ferramental existente ou passível de existir.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ POSNER, R. *ibid.* Posner afirma que entre kantianos (no sentido utilizado por Bruce Ackerman, ou seja, como um conjunto de teorias éticas que subordinam o bem-estar social a noções como autonomia humana e auto-respeito) encontram-se autores que chegam a conclusões bastante diversas partindo das mesmas premissas. POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁵⁵ POSNER, R. *ibid.* Com efeito, Posner elabora um exemplo. Segundo ele partindo-se da crença de Bentham no sentido de que ausente um mecanismo que permita calcular-se o impacto da renda na felicidade dos indivíduos dever-se-ia presumir que todos seriam praticamente iguais no particular, poder-se ia chegar a um resultado de ilimitação do governo. Nas palavras do autor: "Portanto nós precisamos fazer apenas uma assinação adicional, que parece plausível – a de que a utilidade marginal decrescente da renda pecuniária – para obter um fundamento utilitarista para uma finalidade de equalização de rendas. Com base nesses pressupostos é fácil demonstrar que uma distribuição de renda e riqueza igual produzirá mais felicidade do que qualquer outra distribuição a menos que os custos para atingir e manter tal distribuição igualitária exceda os benefícios. A qualificação é crítica, mas coloca o ônus da prova nas mãos do opositor à igualização de rendas, em um campo no qual a prova é notoriamente difícil de ser feita. Este exemplo demonstra uma questão abordada no último capítulo: se a impraticabilidade do cálculo de felicidade é utilizada para justificar o uso pelo utilitariasta de suposições, as possibilidades plausíveis de intervenção pública em atividades privadas são ilimitadas." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 55-56.

¹¹⁵⁶ POSNER, R. *id.* p. 56. Tradução livre do autor.

¹¹⁵⁷ POSNER, R. *ibid.*

De acordo com Richar Allen Posner, a criação de monstrosidades morais seria o principal problema do utilitarismo, devendo-se distinguir dois tipos de dificuldades, a saber, uma decorrente da recusa utilitarista em se fazer distinções entre tipos diferentes de prazer¹¹⁵⁸ e outra consistente na predisposição utilitarista para “sacrificar indivíduos inocentes no altar da necessidade social.”¹¹⁵⁹

Embora o problema da aptidão utilitarista em produzir monstrosidades seja maior em nível pessoal do que no nível social, esta última possibilidade não está totalmente excluída, de acordo com Posner.¹¹⁶⁰

Por outro lado, segundo o autor, se teratologias constituiriam riscos ínsitos ao utilitarismo, o fanatismo seria um risco da abordagem kantiana, e a tentativa de evitar este risco teria sido a criação de exceções aos deveres categóricos criados por tal ética.¹¹⁶¹ Como observa o autor

Eles dirão que a tortura é errada mesmo se fosse possível demonstrar (como acreditava Bentham) que ela maximiza a felicidade ao final, mas admitirão que se torturar uma pessoa fosse necessário para salvar a raça humana poderia não ser errado torturá-la. Uma vez feita tal concepção, de todo modo, não há um ponto de parada lógico. E se dois inocentes devem ser mortos para salvar 200 milhões de americanos – ou dez para salvar três milhões de chicaguenses – vinte para salvar 60.000 moradores de um bairro de Chicago?¹¹⁶²

¹¹⁵⁸ Posner exemplifica: "Suponha que A gasta seu tempo livre arrancando asas de moscas, enquanto B gasta o seu alimentando pombos, e porque A possui uma maior capacidade de gozo do que B, ele obtém mais felicidade a partir de seu tempo livre. Colocando de lado a infelicidade da mosca, e a felicidade dos pombos, o utilitarista consistente deverá julgar A uma pessoa melhor do que B, porque a atividade de A aumenta mais o montante de felicidade do que a de B." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp 56-57.

¹¹⁵⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁶⁰ POSNER, R. *id.* p. 58: “Mas mesmo no nível da escolha social o utilitarismo pode conduzir a resultados monstruosos. Se houver um grupo de pessoas que sejam ao mesmo tempo tão poucos relativamente ao restante da sociedade, tão miseráveis e tão odiados que seu extermínio aumentasse a felicidade total da sociedade, o utilitarista consistente acharia difícil denunciar seu extermínio, embora ele possa ser capaz de perceber os custos relativos à ansiedade que serão impostos às pessoas que ficarão temerosas em serem as próximas a ser exterminadas.” Tradução livre do autor.

¹¹⁶¹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁶² POSNER, R. *id.* pp. 58-59. Tradução livre do autor.

Segundo Posner, a tendência do kantianismo em fundir-se com o utilitarismo apareceria na filosofia moral de John Rawls (1921-2002). Para o primeiro, embora Rawls rejeite o utilitarismo, ele define justiça como o resultado de uma escolha coletiva feita por indivíduos em uma posição original, despidos de suas características individuais, colocados atrás de um “véu de ignorância.”¹¹⁶³

Segundo o autor, Rawls "assume que tais princípios de justiça escolhidos às cegas que irão maximizar sua própria utilidade, e porque eles são presumidos também como possuindo uma alta aversão ao risco, eles escolhem um princípio que troca muita liberdade econômica individual por segurança social."¹¹⁶⁴

Para Posner o princípio rawlsiano da justiça social assemelha-se muito ao princípio da maximização da igualdade de renda, limitado pelos imperativos de preservação do incentivo ao indivíduo para desenvolver uma atividade produtiva.¹¹⁶⁵

Para o autor em ambos os casos a determinação do grau ótimo de igualdade dependeria de intuições empíricas sobre o tamanho e a configuração das escalas de utilidade marginal dos indivíduos e dos efeitos de desincentivo das políticas igualitaristas. O autor sustenta que “a necessidade de fazer tais palpites confere à teoria de Rawls a mesma indeterminação que flagela Bentham.”¹¹⁶⁶

Assim, sintetiza Posner seu pensamento, com a rejeição ao kantianismo e ao utilitarismo, e a proposta daquilo que considera um sistema moral alternativo:

Resumindo, o utilitarismo tem sérias deficiências seja visto como um sistema de moralidade pessoal ou como um guia para a tomada de decisão em sociedade; mas o kantismo, a alternativa usual, possui seus próprios defeitos sérios; um deles sendo a semelhança com o utilitarismo. Contra tal

¹¹⁶³ POSNER, R. *id.* p. 59. Para Posner, não por acaso o conceito de “véu da ignorância” de Rawls lembra o método através do qual a economista Abba Lerner (1903-1982) deduzira uma norma de igualdade de renda a partir do princípio da máxima felicidade e também porque o economista John Harsanyi (1920-2000) antecipara a essência do princípio da justiça de Rawls em muitos anos. POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁶⁴ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹⁶⁵ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁶⁶ POSNER, R. *ibid.*

pano de fundo permita-se-nos considerar a análise econômica como um sistema moral alternativo.¹¹⁶⁷

Portanto, após pretender infirmar o utilitarismo e a ética “kantiana”, o autor propõe o critério da maximização de riqueza (“*wealth maximization*”) como um conceito ético.¹¹⁶⁸

Como explica Posner, o conceito “valor” tem sido considerado como referente ao valor de troca (“*value in exchange*”), ou seja, como o valor medido ou mensurável em um mercado, seja ele explícito ou não. Observa o autor que de tal conceito deriva a noção de riqueza social (“*wealth of society*”), correspondente à soma de todos os bens e serviços existentes na sociedade de acordo com seus valores.¹¹⁶⁹

Evidencia ainda que apesar do conceito de valor ser indissociável da noção de mercado, não se confunde com o preço, correspondendo este último ao valor do bem para o comprador marginal (*marginal purchaser*), devendo-se considerar que os compradores intramarginais (*inframarginal purchasers*) atribuirão ao bem um valor maior, ou seja, estariam dispostos a pagar mais pelo bem caso seu preço fosse mais alto.¹¹⁷⁰

Posner esclarece que a riqueza social compreenderia não apenas o valor de mercado, compreendido como preço multiplicado pela quantidade de todos os bens e serviços nela produzidos, mas também o excedente total do consumidor e do produtor (*consumer surplus* e *producer surplus*) gerados por tais bens e serviços.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁷ POSNER, R. *id.* p. 60. Tradução livre do autor.

¹¹⁶⁸ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁶⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁷⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁷¹ POSNER, R. *ibid.* Como ensina N. Gregory Mankiw, excedente do consumidor é um conceito econômico que pode ser compreendido como a diferença entre a quantia que o consumidor estaria disposto a pagar por um bem e a quantia que ele efetivamente paga. Por outro lado, o conceito de excedente do produtor pode ser compreendido como a diferença entre o custo de produção e a quantia recebida pelo produtor. MANKIW, N. G. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia.** Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, pp. 143 e 148.

Retomando a concepção de valor adotada desde a obra *Economic Analysis of Law*, Posner ressalta que "a coisa mais importante a se ter em mente sobre o conceito de valor é que ele é baseado naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por algo mais do que sobre a felicidade que elas extrairão de sua posse."¹¹⁷² Ou seja, para Posner e a Escola de Chicago o valor encontra seu fundamento na disposição para pagar que, por sua vez, pressupõe a possibilidade efetiva de pagar, a disponibilidade dos recursos para tanto, como examinado há pouco.

Posner afirma que embora o conceito de valor esteja evidentemente relacionado com o conceito de felicidade (*happiness*) no sentido lato de cunho utilitarista, se por um lado valor necessariamente implica utilidade, utilidade não implica necessariamente valor.¹¹⁷³

Posner admite que "o indivíduo que gostaria muito de ter algum bem mas não está disposto ou não tem capacidade para pagar nada por ele – talvez por ser indigente – não valora o bem no sentido no qual eu estou usando o termo 'valor'."¹¹⁷⁴

Posner afirma que a riqueza da sociedade corresponderia à satisfação agregada expressa por aquelas preferências que podem ser realizadas com dinheiro, ou seja, registradas no mercado. Posner considera tais preferências como as únicas que teriam peso ético em um sistema de maximização de riqueza.¹¹⁷⁵

O mercado não precisa necessariamente ser explícito, segundo o autor, posto grande parte da vida econômica basear-se em princípios de troca ("*barter principles*"). Por tal razão, segundo o autor, a riqueza (*wealth*) não seria passível de identificação com o Produto Nacional Bruto¹¹⁷⁶ (*Gross National Product*) ou por qualquer outra medida pecuniária do bem-estar.¹¹⁷⁷

¹¹⁷² POSNER, R. *id.* p. 60. Tradução livre do autor.

¹¹⁷³ POSNER, R. *id.* pp. 60-61.

¹¹⁷⁴ POSNER, R. *id.* p. 61. Tradução livre do autor.

¹¹⁷⁵ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁷⁶ Produto Nacional Bruto – PNB é um agregado econômico que corresponde, grosseiramente, à soma do Produto Interno Bruto – PIB com a Receita Líquida Recebida do Exterior – RLRE – ou à diferença entre o Produto Interno Bruto e a Receita Líquida Enviada ao Exterior – RLEE.

¹¹⁷⁷ POSNER, R. *ibid.*

Segundo Posner, um tipo de mercado não explícito (*nonexplicit market*) é o mercado hipotético (*hypothetical market*)¹¹⁷⁸, referindo-se à suposição do que teria havido se fosse possível uma transação de mercado nos casos em que assim não ocorreu, como visto ao se analisar suas teorizações em *Economic Analysis of Law*.

Sustenta o autor que, apesar dos puristas reafirmarem a impossibilidade de se conhecer os valores relevantes se não forem revelados através de uma transação de mercado real, seria possível que os tribunais se revelem aptos a conjecturar de maneira bastante acurada sobre a forma como a alocação de recursos poderia maximizar a riqueza.¹¹⁷⁹⁻¹¹⁸⁰

O autor ressalta, porém, que “a análise por 'mercados hipotéticos' deixa claro também, que a maximização da riqueza e a maximização da felicidade não são a mesma coisa”, exemplificando com casos hipotéticos em que evidencia que a maximização da riqueza não corresponde à maximização da felicidade e que pode comumente significar o sacrifício desta.¹¹⁸¹

Reconhece Posner, com base em Richard Easterlin, que “a incerteza da relação entre riqueza e felicidade é sugerida ainda pelo fato de que os habitantes de

¹¹⁷⁸ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁷⁹ POSNER, R. *id.* p. 62. Aduzindo, no entanto: "Considerando, de qualquer modo, a determinação do valor feita por um tribunal como menos apurada do que a feita pelo mercado, a abordagem do mercado hipotético deve ser reservada para casos, como o do típico acidente, nos quais os custos de transação impossibilitam o uso de um mercado real para alocar os recursos de maneira eficiente." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁸⁰ Posner repisa argumento já examinado brevemente na obra *Economic Analysis of Law*: “A análise por 'mercados hipotéticos' desempenha um papel importante na análise econômica do *common law*. Muito deste último parece concebido, conscientemente ou não, com vistas à alocação de recursos como ela seria em mercados reais, em circunstâncias nas quais os custos das transações de mercado são tão elevados que o mercado não é um método factível de alocação.” POSNER, R. *id.* p. 62. Tradução livre do autor.

¹¹⁸¹ Posner exemplifica: "Suponha uma fábrica poluidora que reduz os valores da propriedade residencial na área em \$ 2 milhões, mas que custaria \$ 3 milhões para realocar a fábrica (a única maneira de eliminar a poluição), e com base nisso a fábrica sai vitoriosa na ação intentada pelos proprietários da vizinhança. A infelicidade dos proprietários da vizinhança pode exceder a felicidade dos donos da fábrica (que podem consistir em milhares de acionistas, cada um com uma pequena parcela da empresa) em evitar uma condenação de \$ 2 milhões. Agora inverta os números e presuma que os proprietários sejam pessoas ricas, e que a fábrica foi fechada, que seus trabalhadores suportarão pesados custos de mudança, e que muitos comerciantes locais irão à falência. Uma decisão que obrigasse a fábrica a fechar seria eficiente, mas provavelmente não maximizaria a felicidade." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.* p. 62.

países ricos parecem não ser mais felizes do que aqueles dos países pobres, embora nesses países os ricos pareçam ser mais felizes do que os pobres."¹¹⁸²

O autor reconhece que as pessoas não seriam apenas maximizadoras de riqueza, mas afirma que a riqueza seria um importante elemento nas preferências da maioria das pessoas, o que faria com que a maximização da riqueza se assemelhasse ao utilitarismo por atribuir um peso especial para as preferências. Ressalva, no entanto, que a maximização da riqueza não seria igual à soma total dessas preferências.¹¹⁸³

Após o esclarecimento acerca da distinção entre riqueza e felicidade, Posner coloca a questão acerca da razão pela qual deveria a busca pela riqueza ser considerada moralmente superior à busca pela felicidade.

Recorda o autor os problemas que vislumbra no utilitarismo – possíveis restrições abusivas à liberdade individual e a criação de monstruosidades éticas – e no kantianismo – defesa da liberdade e autonomia indiferente às consequências em termos de felicidade ou utilidade. Observa, ainda, que haveria uma tendência atual no sentido de tentar combinar ambas as perspectivas,¹¹⁸⁴ asseverando que

A ética da maximização de riqueza pode ser vista como uma combinação dessas tradições filosóficas rivais. A riqueza é positivamente relacionada, ainda que de modo imperfeito, com a utilidade, mas a busca da riqueza, baseada como está no modelo da transação de mercado voluntária, envolve um respeito maior pela escolha individual do que no utilitarismo clássico.¹¹⁸⁵

¹¹⁸² POSNER, R. *id.* pp. 63-64. Tradução livre do autor. A dissociação entre crescimento econômico e felicidade é conhecida como Paradoxo de Easterlin.

¹¹⁸³ POSNER, R. *id.* p. 64. Segundo o autor, "é por isso que a teoria econômica positiva pressupõe que as pessoas são maximizadores de utilidade em um sentido amplo, utilitarista, e é outra razão para a frequente confusão entre Economia e sistema ético utilitarista." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁸⁴ POSNER, R. *id.* pp. 65-66.

¹¹⁸⁵ POSNER, R. *id.* p. 66. Tradução livre do autor.

Assim, Posner considera que a concepção ética que busca estabelecer sintetizaria e, ao mesmo tempo, superaria tanto utilitarismo quanto o que denomina kantianismo.

Recorrendo à comparação entre os exemplos de um ladrão que rouba um colar de diamantes para presentear sua esposa e de uma pessoa que o adquire licitamente, Posner busca demonstrar a partir de que premissas a maximização da riqueza poderia ser considerada um critério ético:

Compare (...) a pessoa disposta a pagar \$ 10.000 por um colar com o homem que não tem dinheiro mas está disposto a incorrer em uma desutilidade não-pecuniária equivalente a pagar aquela quantia. A posição do primeiro homem é moralmente superior porque ele busca incrementar seu bem-estar conferindo um benefício a outrem, o proprietário. Além disso, os \$ 10.000 do comprador foram presumivelmente acumulados através de uma atividade produtiva – isto é, atividade benéfica a outras pessoas além dele mesmo, sejam seus empregados, clientes ou os clientes de seus pais.¹¹⁸⁶

Assim, com base em tais assunções, Posner visa evidenciar uma superioridade moral da ética da maximização da riqueza sobre a visão utilitarista. Continuando com o exemplo, acrescenta outros elementos em favor da fundamentação de seu ponto de vista:

Se presumirmos que a renda de uma pessoa é inferior ao valor total de sua produção, conclui-se que o indivíduo produtivo dá mais à sociedade do que tira dela. Portanto, não apenas o comprador de nosso exemplo dará um lucro líquido ao proprietário do colar (que não aceitaria \$ 10.000 de outro modo), mas em qualquer estágio da acumulação daquele dinheiro através de atividade produtiva, benefícios líquidos são proporcionados a outras pessoas além do produtor. O ladrão, em contraste, não proporciona qualquer benefício ao proprietário do colar ou a qualquer outra pessoa.¹¹⁸⁷

De acordo com Posner, o valor da liberdade econômica poderia ser fundado de maneira mais firme sobre a maximização da riqueza do que sobre bases utilitaristas. O autor afirma que os economistas em geral reconhecem que o livre

¹¹⁸⁶ POSNER, R. *id.* p. 66. Tradução livre do autor.

¹¹⁸⁷ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

mercado maximiza a riqueza da sociedade, ainda que possam sofrer objeções baseadas em seus diferentes graus de desigualdade, o mesmo não sendo verdadeiro com relação à maximização da felicidade.¹¹⁸⁸

Para o autor, valores convencionais como cumprir as promessas ou dizer a verdade, também poderiam ser fundados no princípio da maximização da riqueza. Em sua ótica, aderir a tais virtudes facilitaria as transações e, portanto, importaria na promoção do comércio, favorecendo a riqueza e reduzindo os custos em termos de proteção, contratos, litigância e outros.¹¹⁸⁹

Posner sustenta que mesmo o altruísmo ou a benevolência constituiriam expressão de um princípio econômico, por poder substituir custosos processos de mercado ou judiciais.¹¹⁹⁰

Segundo o autor, "mesmo o altruísta pode decidir prestar serviços ao proponente do lance mais alto do que doá-los ao suplicante mais necessitado (...) porque devido aos custos em determinar a necessidade diversa da disposição a pagar, o mecanismo de preços pode propiciar vantagens líquidas maiores para o restante da sociedade do que a alocação pelo critério da 'necessidade' ou do 'mérito'."¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ POSNER, R. *id.* p. 67.

¹¹⁸⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁹⁰ POSNER, R. *id.* pp. 67-68.

¹¹⁹¹ POSNER, R. *id.* p. 68. Tradução livre do autor. A arcaica metáfora da mão-invisível do mercado permanece viva no pensamento de alguns autores, como se depreende da citação de Hayek feita por Posner, que transcreve-se em parte: "Nós estimamos que estaremos fazendo o bem somente se isso é feito para beneficiar necessidades específicas de pessoas conhecidas, e vislumbramos como realmente melhor ajudar um homem faminto que conhecemos do que aliviar a grave necessidade de centenas de homens que não conhecemos; mas de fato nós estamos fazendo mais bem ao buscar o ganho... A finalidade na qual empreendedor bem sucedido deseja usar seus lucros pode bem ser construir um hospital ou uma galeria de arte para sua cidade natal. Mas deixando de lado a questão sobre o que ele deseja fazer com seus lucros depois de auferí-los, ele é levado a beneficiar mais pessoas buscando o maior lucro que ele puder do que concentrando-se na satisfação das necessidades de pessoas conhecidas. Ele é conduzido pela mão invisível do mercado a levar o auxílio das comodidades modernas aos lares mais pobres que ele sequer conhece." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* p. 68.

Na ótica de Posner, a maximização da riqueza constituiria um princípio moral mais sustentável comparado aos outros porque proveria uma base sólida para uma teoria corretiva e distributiva da justiça.¹¹⁹²

À alegação de que a fonte dos direitos que podem ser negociados em uma economia de mercado necessariamente teria que ser externa ao princípio da maximização da riqueza – feita por Ronald Dworkin – Posner objeta que, na realidade, tais direitos decorreriam daquele princípio.¹¹⁹³

Na ótica posneriana seria precisamente o princípio da maximização de riqueza que ordenaria a criação de um sistema de direitos pessoais e de propriedade capaz de, em um nível ideal, proteger todas as coisas valiosas que são escassas, cobrindo desde a propriedade material até as ideias.¹¹⁹⁴

Para o autor, "o comprometimento da abordagem econômica ao princípio dos direitos é mais forte do que aquele da maioria dos utilitaristas – ou ainda o daqueles kantianos que permitem que preocupações redistributivas violem direitos de propriedade."¹¹⁹⁵

Observa Posner que para muitos estudiosos da Filosofia moral direitos e Economia parecem conceitos incompatíveis, o que é refutado pelo autor, que sustenta que a teoria do direito de propriedade, por exemplo, constituiria um ramo importante da teoria microeconômica atual, e que tanto no Direito quanto na Economia um direito de propriedade seria concebido como um direito que exclui terceiros do uso de algum recurso escasso.¹¹⁹⁶

Afirma Posner que considerar os direitos de propriedade contingentes relativamente aos custos de transação e instrumentais relativamente ao fim da

¹¹⁹² POSNER, R. *id.* p. 69.

¹¹⁹³ POSNER, R. *ibid.*

¹¹⁹⁴ POSNER, R. *ibid.* Segundo o autor, os direitos podem ser necessários em função de circunstâncias tais quais a necessidade de proteção dos bens correspondentes, os custos de transação implicados, problemas de uso conflitante, entre outros. POSNER, R. *ibid.* Adiante examinar-se-ão mais detidamente as concepções econômicas sobre os direitos subjetivos.

¹¹⁹⁵ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹¹⁹⁶ POSNER, R. *id.* pp. 69-70.

maximização da riqueza significa atribuir a eles menos *status* do que o atribuído por muitos “*rights theorists*”. Ele reconhece que embora os direitos de propriedade na análise econômica sejam absolutos, no sentido de não poderem ser transferidos sem o consentimento de seu titular, não são transcendentais e *tampouco constituem fins e si mesmos*, operando, geralmente, apenas no marco de custos de transação reduzidos.¹¹⁹⁷ Sob nítida orientação coasiana, sustenta Posner que

O economista não ordena apenas que direitos absolutos sejam criados e fica mudo quanto forma de sua atribuição. Para demonstrar, se transações de mercado tivessem custo zero, o economista não se preocuparia sobre como um direito é inicialmente atribuído. O processo de trocas voluntárias poderia, sem custos, realocá-lo onde quer que ele fosse mais valorizado. Mas uma vez que abandone-se a assunção irrealista de custos de transação iguais a zero, a atribuição de direitos começa a ser determinada. Se os custos de transação são positivos (embora presumivelmente baixos, caso contrário seria ineficiente criar um direito absoluto), o princípio da maximização da riqueza exige a atribuição inicial de direitos naqueles que plausivelmente o valorariam mais, de modo a minimizar os custos de transação.¹¹⁹⁸

De acordo com o autor, esta seria a razão econômica de Direitos como a liberdade de trabalho dos trabalhadores e a liberdade de escolha de parceiros sexuais pela mulher, pois se tais direitos fossem aleatoriamente atribuídos a estranhos, seriam geralmente readquiridos pelo trabalhador ou pela mulher. Os custos de tais transações podem ser anulados se o Direito for atribuído ao usuário que o valoriza mais.¹¹⁹⁹

Por fim, Posner aduz à análise da temática da distribuição inicial de direitos a questão da ineficiência dos monopólios, a qual conduziria ao parcelamento dos direitos em pequenas unidades atribuídas a várias pessoas diferentes, de modo a elevar os custos de uma tentativa de cumulação dos mesmos em um bloco grande o suficiente para conferir poder monopolístico.¹²⁰⁰ De acordo com o autor

¹¹⁹⁷ POSNER, R. *id.* pp. 70-71.

¹¹⁹⁸ POSNER, R. *id.* p. 71. Tradução livre do autor.

¹¹⁹⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁰⁰ POSNER, R. *ibid.*

De mesma forma, uma distribuição inicial de direitos que seja consistente com a finalidade da maximização da riqueza poderia ser extremamente desigual. Mas a desigualdade dos resultados não é aquilo com que se preocupa quem sustenta que a Teoria Econômica do Direito é uma teoria de direitos disfarçada como um tipo de utilitarismo. Eles alegam que a maximização da riqueza ou da felicidade não seria consistente com a proteção de direitos, contudo uma teoria dos direitos é, em realidade, um corolário importante do princípio da maximização da riqueza.¹²⁰¹

Posner aborda ainda na obra *The Economics of Justice* a questão acerca da posição da justiça corretiva no âmbito da teoria da maximização de riqueza. Como observa o autor, a análise clássica da justiça corretiva encontra-se no Livro V, Capítulo 4 da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles.¹²⁰²

Para Aristóteles uma ofensa injusta cometida por alguém contra outrem seria errada e reclamaria reparação de algum modo, ainda que o ofensor seja um homem melhor do que o ofendido de acordo com sua teoria da justiça distributiva e o critério do mérito.¹²⁰³

Segundo Posner, a opção aristotélica pela retificação por uma ação de indenização (*private damages action*) intentada pela vítima em face do ofensor consiste reflexo do caráter privado do sistema judiciário na Atenas da época, sustentando que "não se vislumbra a partir da discussão de Aristóteles que ele pense que a ação privada de danos seja o único meio possível de retificação que seria compatível com tal conceito."¹²⁰⁴

¹²⁰¹ POSNER, R. *id.* p. 73. Tradução livre do autor.

¹²⁰² POSNER, R. *ibid.*

¹²⁰³ POSNER, R. *id.* p. 73. "A ideia de que a ilicitude de uma ofensa possa ser determinada independentemente do mérito relativo do ofensor e de sua vítima, e a ideia intimamente relacionada de neutralidade distributiva em disputas judiciais, parecem encontra-se no âmago do conceito aristotélico de justiça corretiva." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.* Nesse sentido, Aristóteles na *Ética a Nicômaco*: "a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade, todavia não é de acordo com a espécie de proporção que citamos, e sim de acordo com uma proporção aritmética. Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito." ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, Livro V, 4, p. 110.

¹²⁰⁴ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

O autor afirma que o conceito aristotélico de justiça seria compatível e até mesmo reclamaria a abordagem da maximização de riqueza. De acordo com a visão posneriana, "se um ato ilícito resultar em ofensa, uma retificação de alguma forma se faz necessária se a eficiência do uso do recurso não for prejudicada."¹²⁰⁵

Para tanto seria necessário identificar errado (*wrongful*) com ineficiente (*inefficient*), o que, reconhece Posner, Aristóteles não fez. No entanto, alega o autor que o conceito de justiça corretiva aristotélica é procedimental (*procedural*) mais do que substantivo.¹²⁰⁶

Observa o autor que o princípio da justiça corretiva de Aristóteles "prescreve a retificação de um ato ilícito que causa dano, independentemente do mérito relativo do ofensor e da vítima estranhos ao próprio ato, mas não define quais atos são ilícitos; tal definição não é, em si mesma, parte integrante do conceito de justiça corretiva."¹²⁰⁷

Em função de tal caráter procedimental, o conceito de justiça corretiva aristotélica seria compatível, na ótica posneriana, com a definição de injustiça como um ato que acarreta a redução da riqueza da sociedade, aduzindo que a falha em retificar tais atos reduziria a riqueza da sociedade por torná-los mais comuns. Acrescenta, ainda, que a não-observância da neutralidade distributiva igualmente reduziria a riqueza da sociedade.¹²⁰⁸ Segundo Posner

A maximização da riqueza proporciona um fundamento não apenas para uma teoria de direitos e garantias, mas para o próprio conceito de Direito. 'Direito' é normalmente definido simplesmente como um comando reforçado pelo poder coercitivo do Estado. Mas de acordo com tal definição, qualquer ordem emanada do poder soberano é Direito. E isso choca-se com o

¹²⁰⁵ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²⁰⁶ POSNER, R. *id.* pp. 73-74.

¹²⁰⁷ POSNER, R. *id.* p. 74. Tradução livre do autor.

¹²⁰⁸ POSNER, R. *id.* p. 74. "Exemplificativamente, se duas pessoas tendo rendas diferentes ficam inválidas no mesmo acidente resultante de um ato ilícito do ofensor, seria ineficiente atribuir a elas indenizações idênticas, com base em considerá-las de algum modo, talvez em um sentido kantiano, titulares de uma distribuição igual dos bens da vida. Nem, se o ofensor era um homem mais rico ou melhor que suas vítimas, diminuir suas perdas e danos, pois isso conduziria a um aumento dos acidentes, ou à adoção de precauções erradas (ineficientes)." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

sentido comum da expressão, e sugeriu-se que a definição, para ser descritiva do termo como ele realmente é utilizado, deve incluir os seguintes elementos adicionais: (1) para ser Direito, um comando deve ser passível de ser obedecido por aqueles a quem é dirigido; (2) deve tratar igualmente aqueles que estão situados de maneira semelhante em todos os aspectos relativos ao comando; (3) deve ser público; (4) deve haver um procedimento para descoberta da verdade acerca de quaisquer fatos necessários à aplicação do comando de acordo com seus termos. Tais elementos são parte de uma Teoria Econômica do Direito.¹²⁰⁹

De acordo com o autor, a função elementar do Direito na perspectiva da maximização de riqueza seria a de alterar os incentivos. Consequentemente, o Direito não pode ordenar o impossível, pois isso não alteraria o comportamento.¹²¹⁰

Sustenta Posner que a exigência de que o Direito trate as pessoas em igual situação da mesma maneira decorreria do imperativo de que ele possua uma estrutura racional, posto que tratar diferentemente coisas iguais seria irracional.¹²¹¹

A exigência de publicidade também decorreria de sua vocação para alterar incentivos e influenciar comportamentos, pois se o conteúdo do Direito tornar-se conhecido apenas após a ocorrência dos fatos aos quais é aplicável, a existência do Direito não terá efeito sobre a conduta das partes que lhe estão sujeitas.¹²¹²

Por fim, a exigência de um processo de descoberta da verdade necessária à correta aplicação da lei decorre da exigência de efetividade do Direito, de sua aplicação, para que ele cumpra sua função de alterar o comportamento mediante incentivos e desincentivos.¹²¹³

¹²⁰⁹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²¹⁰ POSNER, R. *id.* p. 75. Ressalva o autor que "o comando impossível deve ser distinguido da sanção legal que é inevitável apenas porque o custo de evitá-la é maior do que o custo da sanção. Não há incongruência em responsabilizar a parte que descumpra um contrato em um caso no qual ela não tinha real escolha porque o custo de cumprir o contrato teria excedido em grande medida os danos do descumprimento (ou mesmo porque seu cumprimento tornou-se literalmente impossível)." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²¹¹ POSNER, R. *ibid.* Aduz o autor: "Na medida em que o direito possui uma estrutura econômica implícita, ele deve ser racional; deve tratar igualmente casos iguais." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²¹² POSNER, R. *ibid.*

¹²¹³ POSNER, R. *ibid.* Segundo Posner, "o efeito dissuasivo do direito é enfraquecido (e no limite desaparecerá) se for aplicado indiferentemente à efetiva ocorrência das circunstâncias às quais sua aplicação é prevista. Suponha que há uma norma contra acordos de preços; e uma em cada

Posner buscará evidenciar, ainda, até que ponto as críticas endereçadas ao utilitarismo atingiriam a análise econômica e seu critério de maximização da riqueza, buscando distinguir tais sistemas e evidenciar a superioridade do último. Segundo o autor, o problema menos sério seria aquele limítrofe, relativo aos animais.¹²¹⁴ Porém, observa o autor que

"outra implicação da abordagem da maximização da riqueza, de qualquer modo, é que pessoas que carecem de um mínimo de poder aquisitivo capaz de proporcionar pelo menos um padrão de vida decente não estão aptas a aparecer na alocação de recursos a menos que eles sejam parte da função de utilidade de alguém que possui riqueza."¹²¹⁵

Posner pondera que tal conclusão pode parecer muito severa, especialmente para indivíduos com uma dotação reduzida de capacidades, inclusive e especialmente aqueles que sem culpa própria não possuem condições de manter-se por si mesmos.¹²¹⁶

Segundo Posner, "este resultado conflita com nossa sensibilidade contemporânea, embora eu não veja como negar que revela-se consistente com qualquer dos maiores sistemas éticos." Segundo ele Rawls e outros autores defenderam a visão segundo a qual a herança genética de um indivíduo seria uma espécie de acidente desprovido de significado moral, o que seria inconsistente com as noções kantianas de onde suas teorizações derivam.¹²¹⁷

10.000 pessoas selecionadas aleatoriamente é punida com a aplicação daquela norma. Não há incentivo para abandonar a prática ilícita. A única diferença entre aquele que a viola e os demais é que o primeiro obtém lucros com a prática ilícita de fixação de preços; a expectativa de responsabilização é a mesma para todos." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 75-76.

¹²¹⁴ POSNER, R. *id.* p. 76. Em síntese: "os animais contam, mas somente na medida em que eles aumentam a riqueza. A população ótima de ovelhas é determinada não por especulações sobre sua capacidade de alegrar as pessoas, mas pela intersecção entre seu produto marginal e o custo marginal de criar ovelhas." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²¹⁵ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²¹⁶ POSNER, R. *ibid.*

¹²¹⁷ POSNER, R. *ibid.*

Na visão do autor, "tratar o inventor e o idiota igualmente no que diz respeito a suas reivindicações morais para dispor sobre recursos valiosos não considera seriamente as diferenças entre as pessoas" e, ainda, sustenta que "qualquer política de redistribuição destrói a autonomia daqueles a partir de cujos recursos ela é feita."¹²¹⁸

Para o autor, o problema de mensuração que assola o utilitarismo seria facilmente resolvido se o domínio do critério da maximização da riqueza for restrito aos mercados reais livres de problemas sérios de monopólios ou externalidades, pois qualquer transação que neles ocorresse supostamente incrementaria a riqueza social.¹²¹⁹

Acrescenta ainda que a voluntariedade seria um critério muito restritivo, como visto, pelo que o domínio do princípio da maximização da riqueza há de ser ampliado com recurso ao expediente dos mercados hipotéticos, o que, no entanto, origina um problema de mensuração, embora menos grave do que aquele de medição da felicidade.¹²²⁰ Segundo Posner

A 'comparação interpessoal de utilidades' é um anátema para o economista moderno, e corretamente, porque não há régua para fazer tal comparação. Mas a comparação interpessoal de valores, no sentido econômico, é factível, embora difícil, mesmo quando os valores não estão sendo comparados em um mercado explícito.¹²²¹

Posner argumenta, ainda, que o sistema de maximização da riqueza seria menos propenso a oferecer o risco do instrumentalismo do que o utilitarismo, posto

¹²¹⁸ POSNER, R. *id.* p. 76.

¹²¹⁹ POSNER, R. *ibid.* O autor evidencia não se tratar do princípio de Pareto – princípio de utilidade – mas essencialmente de um tautológico princípio da maximização de riqueza. POSNER, R. *ibid.*

¹²²⁰ POSNER, R. *ibid.* "Por exemplo, o direito de um médico que trata uma vítima de acidente inconsciente em reclamar posteriormente seus honorários normais daquela funda-se na presunção razoável de que se a vítima tivesse podido negociar com o médico tais serviços a tal preço ela o teria feito." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²²¹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Completando Posner adiante: "ao menos isso é assim onde, como no meu exemplo do médico tratando alguém inconsciente, há um pano de fundo de transações de mercado que pode ser referenciado para auxiliar na estimativa dos valores envolvidos em uma transação voluntária." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

que somente permitiria a interferência na liberdade pessoal e econômica em casos de severas falhas de mercado que requeiram a coerção pública para aumentar a riqueza social.¹²²²

Segundo o autor, muitos utilitaristas deduzem uma finalidade de equalização de renda a partir de uma combinação do princípio da utilidade marginal decrescente do dinheiro e a intuição no sentido de que as funções de utilidade das pessoas seriam bastante parecidas.¹²²³

Posner ressalta que em um sistema de maximização de riqueza o fato de B possuir maior capacidade de apreciar determinada soma pecuniária não justifica que se retire dinheiro de A e o entregue a B. Nas palavras do autor, "a transferência poderá aumentar a felicidade da sociedade mas não irá aumentar sua riqueza."¹²²⁴ Posner acrescenta ainda que

De qualquer modo, a conclusão no sentido de que qualquer transferência compulsória de recursos seria improdutiva deve ser especificada em dois aspectos. Primeiro, alguns presumivelmente modestos esforços para atingir uma distribuição de riqueza e renda podem ser justificáveis, porque tal distribuição pode reduzir a incidência e, portanto, os custos do crime, seja aumentando os custos de oportunidade do criminoso (ou seja, a renda perdida de uma atividade lícita) e, menos provavelmente, pela redução das rendas potenciais do crime. Em segundo lugar, mesmo as pessoas sendo altruístas e portando predispostas a transferir uma parte de sua renda àqueles em pior situação do que elas, os aspectos de bem público da doação caritativa (isso é, o fato de que a redução da pobreza beneficiará o não doador) pode justificar esforços públicos para reduzir a pobreza. Mesmo este fundamento de redistribuição é nitidamente mais limitado do que aqueles do utilitarista: poucas pessoas são tão altruístas a ponto de desejarem descer ao nível em que ninguém seja mais pobre do que elas.¹²²⁵

¹²²² POSNER, R. *id.* p. 80. Para o autor, "embora os economistas divirjam sobre quando os mercados falham em operar efetivamente e sobre quão custoso é retificar tais falhas, ao menos estas são questões mais empíricas do que axiológicas." POSNER, R. *ibid.*

¹²²³ POSNER, R. *ibid.*

¹²²⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹²²⁵ POSNER, R. *id.* pp. 80-81. Tradução livre do autor. Ainda em tais bases, Posner propõe um cálculo de custo-benefício: "Claro, se a distribuição de renda é um método eficiente de controle da criminalidade depende de seus custos e benefícios em relação aos métodos alternativos, como penas mais severas ou certas." POSNER, R. *id.* p. 81.

Segundo Posner, independentemente destes limitados fundamentos de redistribuição, seria errôneo criticar o princípio da maximização da riqueza como indiferente relativamente a questões distributivas, pois na opinião do autor ele resolveria tais questões automaticamente, através da *invisible hand*.¹²²⁶

Afirma o autor que seria possível derivar um sistema de direitos a partir do princípio da *wealth maximization* e que, uma vez estabelecidos tais direitos – p. ex., o direito ao corpo ou ao trabalho – seriam passíveis de venda, aluguel ou troca pelas pessoas, com vistas à obtenção de renda por seus titulares.¹²²⁷

Para o autor as pessoas mais ricas serão, na sequência, aquelas que tenham os produtos marginais mais altos, seja porque trabalham mais, porque são mais espertas ou por qualquer outra razão. Sustenta Posner que "em um sistema cuja finalidade seja a maximização da riqueza social, a distribuição da riqueza que resulta da retribuição às pessoas em (rudimentar) proporção à sua contribuição relativamente àquela finalidade não é arbitrária", razão pela qual uma distribuição justa da riqueza não necessitaria ser postulada.¹²²⁸

Tal temática conduz o autor a abordar a questão da tributação, iniciando por considerar que, segundo sua teoria, as pessoas não receberiam a integralidade de seu produto social, portanto muito da riqueza por elas produzida seria extraída pela "tributação" sobre o consumo, considerando-se ainda que em regra quanto mais riqueza uma pessoa produz mais "tributos" ela teria de pagar, em termos absolutos.¹²²⁹

¹²²⁶ POSNER, R. *id.* p. 81.

¹²²⁷ POSNER, R. *ibid.*

¹²²⁸ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Na ótica posneriana, a justiça deste sistema de recompensa (*reward system*) não seria comprometida nem mesmo pela existência de uma figura tal qual a do herdeiro ocioso, posto que seus gastos representariam a disposição dos recursos cujo consumo foi diferido pelo acumulador ao longo de sua vida. Segundo Posner, "não gostamos do herdeiro ocioso, como tampouco do homem preguiçoso, não por ser um parasita – ele não é – mas porque ele nada faz para produzir excedente para o resto de nós aproveitarmos." POSNER, R. *id.* p. 82.

¹²²⁹ POSNER, R. *id.* p. 82. O exemplo de Posner é, para dizer o mínimo, inusitado: "Permita-se-nos considerar agora se a abordagem econômica, como a utilitarista, conduz a resultados violentamente inconsistentes com nossas intuições morais (partindo da premissa de que igualdade de riqueza não seja uma daquelas intuições). O 'monstro da utilidade' não tem lugar em um sistema ético fundado sobre a maximização da riqueza. O fato de que eu consiga obter tanto gozo ao torturar pessoas a ponto de exceder seu sofrimento em um sopesamento não fará

Sempre buscando traçar fronteiras entre sua teoria da maximização da riqueza e o utilitarismo, Posner sublinha que em uma sociedade em que a inveja fosse intensa e difundida¹²³⁰, o utilitarismo prestaria fundamentos a políticas de equalização de rendas, ainda que redutoras da riqueza social, o que não ocorreria em um sistema de maximização de riqueza.¹²³¹ Na visão do autor

a diferença entre moralidade utilitarista e econômica, e a origem, creio eu, da “monstruosidade” da primeira, é que o utilitarista, a despeito de sua alegada preocupação com o bem-estar social, deve logicamente atribuir valor a todos os traços antissociais, como aqueles da inveja ou crueldade, porque essas são fontes comuns de satisfação pessoal e conseqüentemente de utilidade. Em contraste, a riqueza legalmente obtida é criada ao se fazer coisas para outras pessoas – oferecendo-lhes trocas vantajosas. O indivíduo pode ser completamente egoísta mas ele não poderá, em uma economia de mercado bem regulada, promover seu auto-interesse sem beneficiar a outros bem como a si mesmo. Pode ser por isso que a preguiça é um traço negativo em nossa sociedade. O preguiçoso substitui lazer – que não produz qualquer excedente do consumidor para o resto da sociedade gozar – por trabalho, que o faz.¹²³²

Reconhece Posner que o kantiano pode não estar convencido de que o sistema da *wealth maximization* não possa, como o utilitarismo, criar ou justificar monstruosidades. Para tanto, recorda o exemplo das ovelhas, e a objeção segundo a qual as mesmas fossem avaliadas em 100.000 cada uma, valor considerado no exemplo como muito menor do que o da vida da criança, também a ética da

de mim um bom homem, e tampouco me conferirá o direito de torturar pessoas. Eu terei que comprar o consentimento de minha vítima, e estas compras serão capazes de exaurir rapidamente a riqueza mesmo do mais rico sádico. Os críticos do sistema de mercado tendem a pensar nas oportunidades criadas pela riqueza mais do que nos constrangimentos que um sistema de mercado impõe à satisfação dos desejos individuais. Em um sistema completamente utilitarista nenhum constrangimento orçamentário existe para restringir o estilo do monstro de utilidade. Mas em um sistema de maximização de riqueza, suas atividades estarão circunscritas pelas limitações de sua riqueza, e suas vítimas protegidas pelo sistema de direitos, o que força o monstro a pagar-lhes qualquer compensação que elas exijam.” Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²³⁰ Como se verá no Capítulo IV, adiante, o critério de “ausência de inveja” é um requisito negativo bastante difundido para a teorização sobre equidade em sentido econômico, ou seja, como distribuição de recursos equânime.

¹²³¹ POSNER, R. *id.* pp. 82-83.

¹²³² POSNER, R. *id.* p. 83. Tradução livre do autor.

maximização da riqueza aprovaria o atropelamento da criança para salvar as ovelhas.¹²³³

Segundo Posner, a resposta para a objeção – ou seja, se o critério da maximização da riqueza aprovaria a conduta – é positiva. Para Posner, "atividades perigosas são regulamente permitidas com base em um julgamento de que os custos em evitar o risco excedem os custos para as vítimas."¹²³⁴

Na ótica posneriana, apenas o fanático refutaria a troca (*trade off*) de vidas por propriedade, apesar da dificuldade em avaliar vidas constituir um motivo legítimo para dar-lhes peso especial quando confrontadas com direitos de propriedade.¹²³⁵

Ainda aduz Posner que o sacrifício de interesses individuais em face de interesses coletivos (*aggregate interests*) seria um problema que assolaria menos seriamente a abordagem econômica do que a utilitarista.¹²³⁶

Buscando demonstrar convergências entre as intuições morais mais ou menos difundidas na sociedade e os resultados da análise econômica plutomaximizadora, Posner menciona a crença inexorável dos economistas na liberdade contratual em contextos livres de fraude, externalidade, incapacidade, monopólio ou outras falhas de mercado.¹²³⁷ Nas palavras do autor

Suponha que A, talvez para conseguir dinheiro para sua família (mas a razão é irrelevante) venda a si mesmo como escravo para B; ou C empreste dinheiro para D com um cláusula penal de que, no caso de descumbrimento D possa quebrar o joelho de C. De um ponto de vista de maximização da riqueza não há fundamento econômico para recusar-se a cumprir nenhum dos contratos a menos que algum elemento de fraude ou coação esteja presente. Nem o economista pensaria que o contrato é tão irracional a ponto de criar uma presunção absoluta de que foi obtido com fraude ou coação, ou viciado por insanidade ou outra incapacidade. Ou, se algumas pessoas brancas categoricamente recusam-se a se associarem com

¹²³³ POSNER, R. *id.* p. 83.

¹²³⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹²³⁵ POSNER, R. *id.* pp. 83-84.

¹²³⁶ POSNER, R. *id.* p. 84. Posner chega ao ponto de afirmar que "se um alemão nazista pretende livrar-se de seus judeus, em um sistema de maximização da riqueza ele teria tido de comprá-los." Tradução livre do autor.

¹²³⁷ POSNER, R. *ibid.*

peças negras em razão de que uma experiência passada com algumas peças negras lhe causaram uma impressão desfavorável dos negros em geral, e os custos para ele de contratar individualmente com negros excedem os benefícios esperados, não há base na Teoria Econômica para criticar sua conduta; como vimos no Capítulo 12, isso é maximizador de riqueza.¹²³⁸

No Capítulo 3 da obra *A Economia da Justiça*, Posner procurou desenvolver um conceito de justiça fundado na maximização da riqueza como critério distinto da maximização de utilidade de Bentham, buscando elucidar o conceito de maximização da riqueza e distingui-lo do critério utilitarista. No capítulo sucessivo, buscará fundar sistematicamente tal conceito, explorando aquilo que considera serem as bases ético-políticas da maximização de riqueza¹²³⁹

Inicialmente Posner explorará o argumento que denomina fundamento consensual da eficiência. Observa o autor que o ótimo de Pareto (*Pareto superiority*) fora concebido pelo economista italiano para resolver o problema prático do utilitarismo, qual seja, o da mensuração interpessoal de utilidade com vistas à determinação do efeito de uma política sobre a utilidade total.¹²⁴⁰

No entanto, ressalva Posner que a solução de Pareto seria mais aparente do que real, pois dada a impossibilidade de mensurar a utilidade diretamente, a única maneira de demonstrar a superioridade paretiana de uma mudança na alocação dos recursos consistiria em demonstrar que todos os afetados teriam consentido com a mesma.¹²⁴¹

Relembra Posner que quando ocorre uma transação através do mercado e terceiros não são afetados pela mesma, reputa-se que a utilidade do comprador e do vendedor teriam sido incrementadas.¹²⁴² Observa que, no entanto, a condição de ausência de efeitos externos não seria satisfeita por diversos conjuntos de

¹²³⁸ POSNER, R. *id.* pp. 86-87. Tradução livre do autor.

¹²³⁹ POSNER, R. *id.* pp. 87-88.

¹²⁴⁰ POSNER, R. *id.* p. 88.

¹²⁴¹ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²⁴² POSNER, R. *ibid.*

transações, pelo que o critério paretiano revelar-se-ia inaplicável à maioria das questões políticas.¹²⁴³

Afirma o autor ser possível situar a ética paretiana na tradição filosófica kantiana, visto que o consentimento (*consent*), base operacional de Pareto-eficiente, consistiria em um critério ético afim à ênfase kantiana sobre tratar as pessoas como fins e não como meios, em um mundo de autonomia.¹²⁴⁴

Segundo Posner, o consentimento seria a base operacional do ótimo de Pareto e não sua base teórica, posto que aquele seria vislumbrado como um instrumento da ética utilitarista.¹²⁴⁵

Observa o autor que se alguém considerar que o consentimento constituiria uma base ética viável para a permissão de mudanças na alocação de recursos sem relação com a capacidade de tais mudanças de aumentar a felicidade ao menos das partes nela envolvidas, assumiria uma posição de defesa das relações de mercado dissociada da maximização da riqueza, à moda de Robert Nozick (1938-2002) e Richard Epstein.¹²⁴⁶

Nesse contexto, vislumbra o autor uma convergência entre autonomia e maximização da riqueza. Afirma Posner que "em um mercado livre de efeitos externos, proibir transações reduziria a riqueza social e, ao mesmo tempo, a liberdade ou autonomia; portanto as finalidades de maximização de riqueza e proteção da autonomia coincidiriam."¹²⁴⁷

¹²⁴³ POSNER, R. *id.* pp. 88-89.

¹²⁴⁴ POSNER, R. *id.* p. 89. Posner reconhece não serem idênticos autonomia e consentimento, com recurso ao exemplo da escravidão voluntária, consentida. Nota de rodapé n. 5.

¹²⁴⁵ "Se o utilitarista pudesse inventar uma régua de utilidade prática, ele poderia dispensar o método consensual ou transacional para determinar se uma alocação de recursos seria Pareto superior – inclusive ele poderia dispensar a própria superioridade paretiana." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹²⁴⁶ POSNER, R. *id.* p. 90.

¹²⁴⁷ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

No entanto a assunção da ausência de efeitos sobre terceiros revelar-se-ia demasiadamente restritiva, como visto, e caso seja abandonada, verificar-se-ia uma separação entre consentimento e maximização da riqueza.¹²⁴⁸

O autor exemplifica com a mudança de uma fábrica da cidade A para a cidade B. Imaginando-se ausência de externalidades tecnológicas (poluição, p. ex.), a mudança reduziria o valor das propriedades da cidade A e aumentaria as da cidade B, não se caracterizando, portanto, como Pareto eficiente.¹²⁴⁹

Assim, os efeitos externos da mudança revelar-se-iam exclusivamente “pecuniários”, não afetando a riqueza da sociedade mas sendo relevante, por outro lado, do ponto de vista da otimização paretiana – pois a situação de alguns melhoraria e a de outros pioraria.¹²⁵⁰

Por outro lado, de acordo com o critério da *wealth maximization*, a mudança deveria ser permitida, pois nesta ótica aumentaria a riqueza da sociedade, haja vista que melhoraria a condição dos proprietários da fábrica, e as externalidades pecuniárias seriam canceladas – os ganhos compensariam as perdas.¹²⁵¹

Observa Posner que " o critério de Kaldor-Hicks (às vezes chamado melhorias potenciais em Pareto'), que não requer que ninguém seja prejudicado por uma mudança na alocação dos recursos, mas apenas que o aumento no valor seja suficientemente grande para que os perdedores sejam completamente compensados."¹²⁵²

Mas, conclui o autor, se não houver compensação, não apenas encontra-se ausente o consentimento, como também a utilidade total poderia ter sido reduzida, posto inexistir meio apto de se saber se a utilidade os ganhadores em não ter que

¹²⁴⁸ POSNER, R. *ibid.* Razão do abandono, por Posner, do ótimo de Pareto em prol do conceito de melhorias potenciais em Pareto.

¹²⁴⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁵⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁵¹ POSNER, R. *id.* p. 91.

¹²⁵² POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

pagar a compensação excederia a desutilidade dos perdedores em não receber a compensação.¹²⁵³

Embora o critério de Kaldor-Hicks seja muito criticado precisamente por não garantir que a utilidade seja maximizada, de acordo com Posner é incorreto sustentar que o ótimo de Pareto constituiria o único “sentido normal profissional” do termo eficiência.¹²⁵⁴

Observa Posner que "o uso da palavra 'eficiência' no sentido de Kaldor-Hicks pode ser defendido simplesmente como uma conveniência analítica que possibilita que questões de alocação sejam discutidos separadamente de questões de distribuição."¹²⁵⁵

Segundo o autor o próprio Nicholas Kaldor sustentou tal ponto de vista, oferecendo um argumento ético que lhe parece ingênuo. Posner afirma que Kaldor sustentava que o governo sempre poderia transformar um crescimento na riqueza em melhoria paretiana através da compensação aos perdedores com os lucros dos ganhadores. Se faria isso ou não, seria uma questão alheia ao economistas enquanto tal, uma questão política.¹²⁵⁶

Observa o autor que Kaldor parece sugerir que se os perdedores fossem considerados merecedores de compensação o governo a atribuiria a eles, transformando o aumento da riqueza em uma melhoria em sentido paretiano a

¹²⁵³ POSNER, R. *ibid.* O autor exemplifica elucidativamente na nota de rodapé n. 11: "Suponha que os proprietários de terra em A sofreram uma perda de 100 utiles (uma medida arbitrária de utilidade) porque \$ 1 milhão nos valores das propriedades em A caíram por força da mudança, enquanto os proprietários de terras em B obtiveram 80 utiles pelo aumento de \$ 1 milhão no valores de suas propriedades. Então o critério de Kaldor-Hicks seria satisfeito, mas a utilidade total seria reduzida." Tradução livre do autor. POSNER, R. *Ibid.*

¹²⁵⁴ POSNER, R. *ibid.* O autor exemplifica com a análise do monopólio, reputado ineficiente pelos economistas pela assunção, ainda que implícita, de Kaldor-Hicks. Observa Posner que no modelo do monopólio, no qual parte do excedente do consumidor é apropriada pelo monopolista e parte se perde constituindo o que se denomina 'peso morto', "uma mudança de um monopólio para livre competição poderia satisfazer o critério de Kaldor-Hicks ou critério da maximização da riqueza pelo ganho em eficiência. Mas não satisfaria o critério de Pareto, porque o monopolista estaria pior do que antes." POSNER, R. *id.* p. 92. Tradução livre do autor.

¹²⁵⁵ POSNER, R. *id.* p. 92. Tradução livre do autor. A separação de questões alocativas e distributivas possui fortes impactos sobre os resultados da análise em termos da relação entre eficiência, ética e justiça, como se examinará nos Capítulos III e IV.

¹²⁵⁶ POSNER, R. *ibid.*

menos que existisse alguma razão ética compulsória e independente de não fazê-lo.¹²⁵⁷ No entanto, observa Posner:

Mas esta é uma abordagem satisfatória apenas se se presumir que o governo toma decisões com base em fundamentos éticos. Se, ao contrário, o governo é visto como uma arena na qual grupos de interesse lutam por vantagem sem preocupação para com considerações éticas, não se pode presumir que a falha em compensar pessoas prejudicadas por uma política eficiente (no sentido de Kaldor-Hicks) seja éticamente fundamentada.¹²⁵⁸

Porém, segundo Posner, haveria outra forma de harmonizar Kaldor-Hicks ou o critério da maximização de riqueza com Pareto, através da base operacional do último, ou seja, da ideia de consentimento (*consent*), na versão de compensação *ex ante*.¹²⁵⁹

Segundo o autor, "uma pessoa que compra um tíquete de loteria e perde 'consentiu' para com a perda na medida em que não haja fraude ou coação."¹²⁶⁰ De acordo com a visão posneriana, muitas das perdas involuntárias e plausivelmente não compensadas, ocorridas no mercado ou toleradas pelas instituições que tomam seu lugar, foram completamente compensadas *ex ante* e, portanto, objeto de consentimento no sentido evidenciado.¹²⁶¹

¹²⁵⁷ POSNER, R. *id.* pp. 92-93.

¹²⁵⁸ POSNER, R. *id.* pp. 93-94. Tradução livre do autor.

¹²⁵⁹ POSNER, R. *id.* p. 94. Segundo o autor trata-se de posição semelhante à assumida por diversos economistas do bem-estar: "que o critério de Kaldor-Hicks para decidir se a adoção de um projeto público satisfaz a superioridade do critério de Pareto desde que haja probabilidade suficiente de que um indivíduo possa beneficiar-se a longo prazo de tais projetos, embora possa ser um perdedor em um deles em particular." Tradução livre do autor.

¹²⁶⁰ POSNER, R. *id.* p. 94. Tradução livre do autor.

¹²⁶¹ POSNER, R. *ibid.* Assim, recorrendo a outro exemplo, Posner evidencia: "admita-se que um empreendedor perdeu dinheiro como resultado do desenvolvimento de um produto superior pelo concorrente: uma vez que o retorno esperado do empreendedor inclui um prêmio para cobertura do risco de perdas relativas à competição, ele fora compensado pela perda *ex ante*." POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

De acordo com o autor, o conceito de compensação *ex ante* constituiria uma resposta ao argumento de que o critério de maximização da riqueza, quando aplicado sem vacilação ao mercado, poderia violar o consentimento.¹²⁶²

Por outro lado, o argumento da compensação *ex ante* possuiria limitações reconhecidas por Posner, como, por exemplo, no caso das instituições plausivelmente maximizadoras de riqueza estranhas ao mercado. No que se refere ao sistema de culpa subjetiva¹²⁶³ por responsabilidade por acidentes de automóvel, se um motorista foi ferido por outro em um acidente sem ter concorrido com culpa, questiona o autor em que sentido poder-se-ia considerar que teria consentido em não ser compensado.¹²⁶⁴

Posner afirma que o exemplo seria utilizado para sustentar a tese de que a abordagem maximizadora da riqueza por ele sustentada seria incompatível com uma abordagem fundada em noções de autonomia pessoal.¹²⁶⁵ Em sua visão

se uma exigência de consentimento, no sentido no qual eu estou utilizando o termo, for considerada como uma proteção adequada da autonomia do interesse, este argumento deve falhar a menos que seja demonstrado que o sistema de responsabilidade objetiva seria mais barato do que o sistema de responsabilidade por culpa.¹²⁶⁶

¹²⁶² POSNER, R. *id.* pp. 94-95.

¹²⁶³ No original *negligence system of automobile accident liability*. POSNER, R. *id.* p. 95. O conceito opõe-se ao de *strict liability*, equivalente aproximado ao conceito de responsabilidade objetiva.

¹²⁶⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁶⁵ POSNER, R. *id.* p. 96.

¹²⁶⁶ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. O autor sustenta que o sistema de responsabilidade por culpa (*negligence system of liability*) seria mais eficiente do que o sistema de responsabilidade objetiva (*strict liability system*). *Ibid.*, p. 95. O tema é controvertido na análise econômica, pois há que se considerar uma série de custos e aspectos envolvidos, como os incentivos a motoristas e pedestres e o grau de cautela de suas condutas, o incentivo a um nível subóptimo de atividade, os custos relativos aos litígios, entre outros. Sobre o tema remete-se a POLISNKY, M. A. pp. 53-67 e 82-89.

Posner reconhece, ainda, que sua análise poderia sofrer objeções baseadas na alegação de que o princípio de consentimento que a fundamenta seria uma ficção, haja vista não ser expresso.¹²⁶⁷

O autor ressalta, no entanto, que tal objeção fundada exatamente na inexistência de um método prático capaz de obter consentimento expresso aplicar-se-ia não apenas a transações individuais, mas também a instituições como o próprio sistema de responsabilidade por culpa ou ao mercado.¹²⁶⁸

De acordo com Posner, o fato de não haver mecanismo que garanta a obtenção de consentimento expresso não induz ao abandono puro e simples deste, mas implica que deveria ser suficiente concluir pela existência de um consentimento implícito ou hipotético.¹²⁶⁹

De acordo com o autor, "sua existência pode ser comprovada levantando a questão hipotética se, sendo o custo das transações igual a zero, as partes afetadas concordariam com a instituição."¹²⁷⁰

Observa Posner que outra objeção comum acerca da tentativa de justificar instituições maximizadoras da riqueza com base no consentimento seria aquela no sentido de que este raramente seria unânime. Como observa o autor, valendo-se de seu exemplo anterior, "porque a existência de custos de dirigir mais elevados em um

¹²⁶⁷ POSNER, R. *op. cit.* p. 96.

¹²⁶⁸ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁶⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁷⁰ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor. Aqui o autor faz expressa analogia ao processo através do qual o juiz imputa a intenção das partes em um contrato em que falta alguma disposição expressa. Posner reconhece que "embora a tarefa da imputação seja mais fácil no caso do contrato, tal caso continua relevante para mostrar que o consentimento implícito pode ser significativo. A ausência de um contrato subjacente afeta a confiança de alguém em realizar uma inferência sobre o consentimento implícito, mas não a possibilidade de esboçar tais inferências. Para demonstrar, 'a proposta de A não é legislação apenas porque todos os membros da legislatura foram favoráveis a ela'. Mas o é porque há um mecanismo através do qual os legisladores são capazes de exprimir assentimento. Às vezes o mecanismo é inoperante, como quando surge uma questão como a finalidade ou o significado de um provimento de um legislativo anterior, e então os tribunais são levados a inferir o intuito legislativo. Este é um exemplo de implícito, ou hipotético, mas ainda significativo, consentimento." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 96-97.

sistema de responsabilidade objetiva deveria persuadir as pessoas que não dirigem a aceitar a responsabilidade por culpa?"¹²⁷¹

Em face de tal objeção, Posner sustenta que mesmo aqueles que não são motoristas necessitam de meios de locomoção, e que portanto os custos do sistema de responsabilidade objetiva (*strict liability system*) poderiam afetá-los, de modo que também poderiam concordar com a adoção de um sistema de responsabilidade por culpa, menos oneroso.¹²⁷²

De acordo com o autor, instituição alguma poderia reclamar o consentimento de todos, ainda que implícito, e somente um fanático insistiria que a unanimidade seria exigida para legitimar uma instituição social.¹²⁷³

Em face da objeção de Jules Coleman sobre uma utilização linguística excêntrica da palavra "consentimento", e a de que uma pessoa poderia consentir com uma instituição sob a qual não seria indenizada por determinado tipo de dano, mas não que teria consentido com o próprio dano¹²⁷⁴, Posner sustenta sua concepção ampla de consentimento, que inclui a renúncia:

Retorne ao exemplo da loteria com o qual eu comecei. Se eu livremente apostei em uma loteria justa e perdi, minha queixa de 'injustiça' em perder será desconsiderada. Igualmente se eu concordo em construir uma casa por um preço fixo e assumo o risco de que o custo de meu trabalho e materiais suba durante o período do contrato, eu não posso reclamar, se tais custos sobrem, que é 'injusto' obrigar-me a cumprir o contrato. Em ambos os casos eu livremente aderi a um curso de ação que trazia consigo certos riscos, os riscos eram compensados e a materialização de tais riscos encontra-se dentro do objeto do acordo. Eu renunciei a qualquer objeção ao resultado. A idéia de consentimento parece-me ampla o bastante para englobar o conceito de renúncia. Mas não faz diferença: na medida em que meu uso de 'consentimento' for compreendido, mesmo que incomum, não haverá confusão.¹²⁷⁵

¹²⁷¹ POSNER, R. *id.* p. 97. Tradução livre do autor.

¹²⁷² POSNER, R. *ibid.*

¹²⁷³ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁷⁴ POSNER, R. *id.* pp. 97-98.

¹²⁷⁵ POSNER, R. *id.* p. 98. Tradução livre do autor.

Relativamente à questão acerca das razões pelas quais a sociedade não poderia preferir o princípio da proteção e desenvolvimento da autonomia pessoal, princípio subjacente ao do consentimento, ao princípio da maximização da riqueza, Posner sustenta a superioridade do último:

A resposta é apenas que uma aderência literal ao critério do ótimo de Pareto poderia ser paralizante, e portanto a ética da autonomia pessoal, interpretada e aplicada sem observância quanto às consequências para o bem-estar humano, como observado no último capítulo e como admitido pelos seguidores de Kant no pensamento jurídico contemporâneo, conduziria a uma grande miséria. A maximização da riqueza como norma ética confere peso tanto à utilidade – embora com menos ênfase do que o utilitarismo – quanto ao consentimento, embora talvez com menos ênfase do que o próprio Kant faria.¹²⁷⁶

Posner aborda, ainda, as objeções referentes às limitações ao critério da maximização de riqueza como norma ética fundada no consentimento com duas observações. Em primeiro lugar, de acordo com o autor, nos casos em que o impacto distributivo de uma política de maximização de riqueza é substancial e não-aleatório, revela-se difícil deduzir ou imputar amplo consenso sem uma real compensação.¹²⁷⁷

Observa o autor que se o exemplo da escolha entre *strict liability* e *negligence liability* é um exemplo que não apresenta maiores dificuldades no particular, o mesmo não se dá com relação a outros temas como, por exemplo, a escolha entre tributação proporcional da renda (*proportionate income tax*) e tributação progressiva da renda (*progressive income tax*).¹²⁷⁸ De acordo com o autor, neste caso

A substituição aumentaria a riqueza da sociedade se o aumento do resultado (contabilizando-se trabalho e lazer como resultado) pelos contribuintes do grupo superior, aqueles cuja alíquota marginal seria reduzida, exceder a redução no resultado causada por aumentar a alíquota marginal dos contribuintes do grupo inferior. Mas a menos que o aumento líquido no resultado fosse suficientemente grande para aumentar as rendas pós-tributação mesmo daqueles contribuintes que deveriam pagar os

¹²⁷⁶ POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²⁷⁷ POSNER, R. *id.* p. 101.

¹²⁷⁸ POSNER, R. *ibid.*

tributos mais altos – e permita-se-nos presumir que não – dificilmente se poderia presumir que os contribuintes do grupo inferior anuíssem para com a mudança na tributação, mesmo que achassem que ela seria maximizadora da riqueza.¹²⁷⁹

Assim, com base neste exemplo, Posner assume ser exatamente no contexto do *common law* que as bases consensuais do princípio da *wealth maximization* seriam mais plausíveis, diferentemente do que ocorreria no campo do domínio do Direito legislado, sobretudo redistributivo (*redistributive statutory domain*).¹²⁸⁰

Além disso, o autor reconhece que a alocação inicial de direitos de propriedade revela-se um campo fértil para o surgimento de conflitos entre *wealth maximization* e consentimento. Exemplifica o autor: "e se o trabalho de A vale mais para B do que para A? Então seria eficiente tornar A escravo de B, mas tal resultado dificilmente seria compatível com o princípio do consentimento."¹²⁸¹

Posner sustenta que tais casos, embora raros, existiriam, sendo possível imaginar situações nas quais os custos da coerção física seriam menores do que os custos de administrar o assalariamento ou outros contratos de prestação de serviços, situações nas quais a escravidão poderia ser considerada uma instituição maximizadora de riqueza, mas nem por isso consentida.¹²⁸²

Segundo o autor existiriam exemplos contemporâneos, como a autoridade parental ou militar, para os quais, no entanto, não se utiliza a expressão escravidão, sendo possível uma argumentação de que eficiência como maximização de riqueza

¹²⁷⁹ POSNER, R. *id.* p. 101. Tradução livre do autor.

¹²⁸⁰ POSNER, R. *ibid.* "As normas que regem a aquisição e a transferência de direitos de propriedade, a celebração e o cumprimento de contratos, a responsabilidade por acidentes e por outros tipos de ofensa que foram tornadas crime no *common law* são baseadas em um amplo consenso e distribuem seus benefícios muito amplamente. Por exemplo, é ingênuo pensar que recusando-se a cumprir os contratos de locação celebrados por pessoas pobres com os ricos proprietários de imóveis melhoraria a condição dos pobres. Os proprietários de imóveis aumentariam os aluguéis em virtude de seu maior risco de perda ou destinariam sua propriedade em usos alternativos, com o resultado que a oferta de imóveis para locação disponíveis aos pobres seria menor e o preço seria maior." Tradução livre do autor. POSNER, R. *id.* pp. 101-102.

¹²⁸¹ POSNER, R. *id.* p. 102. Tradução livre do autor.

¹²⁸² POSNER, R. *ibid.*

constituísse uma permissão para sobrepujar-se a noção de autonomia.¹²⁸³ Afirma Posner que

reservamos o termo [escravidão] para aquelas formas palpáveis de exploração consistentes em servidão involutária que raramente poderiam ser justificada sobre fundamentos de eficiência. Tais distinções sugerem que eficiência, como o termo é por mim definido, possui uma força moral considerável mesmo quando está em conflito com noções como as de autonomia e consentimento.¹²⁸⁴

Investigando as razões pelas quais o *common law* seria eficiente, e se realmente seria eficiente ou meramente utilitarista, o autor afirma que os autores que sustentaram a visão do mesmo como um esforço de promoção da eficiência – ainda que não articulado – não evidenciaram as razões pelas quais isto seria realidade.¹²⁸⁵

Segundo Posner ele e os demais autores nesta condição poderiam ser interpretados, portanto, como ingênuos seguidores da teoria do Estado do “interesse público” (*public interest*), que considera ultrapassada.¹²⁸⁶

Recorda o autor que tal teoria sustenta, grosso modo, uma visão segundo a qual o Estado teria por função promover objetivos sociais amplamente partilhados, entre os quais a eficiência – não necessariamente o fim mais importante –, provendo ou organizando a provisão de “bens públicos” (*public goods*).¹²⁸⁷

Um desses bens seria o sistema jurídico (*legal system*) que operaria como um corretivo de falhas de mercado (*market failures*) como as externalidades ou efeitos externos.¹²⁸⁸

¹²⁸³ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁸⁴ POSNER, R. *id.* p. 103. Tradução livre do autor.

¹²⁸⁵ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁸⁶ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁸⁷ POSNER, R. *ibid.* Como observa Posner, os “*public goods*” podem ser considerados “bens que proporcionam benefícios não limitados àqueles que pagam por eles e que portanto são produzidos em quantidades subótimas por mercados privados.” POSNER, R. *ibid.*

¹²⁸⁸ POSNER, R. *id.* p. 103.

De acordo com Posner tal teoria encontrar-se-ia sob severo ataque pelos teóricos dos “grupos de interesse” (*interest group*) ou da teoria do processo governamental, denominada “*produce protection*”, as quais sustentam, de maneira geral, a primazia da redistribuição como tarefa das políticas públicas.¹²⁸⁹

Como observa o autor, "a ênfase na redistribuição resulta de tratar a ação governamental como um bem que é alocado de acordo com as forças da demanda e da oferta." Aduz, ainda, que as características que possibilitam que um grupo ou uma indústria superem problemas de “*free riders*” e, desse modo, ultrapasse grupos rivais em busca da proteção e da generosidade estatais foram estudadas, concluindo-se que grupos compactos em geral superam os difusos na disputa pelos favores estatais.¹²⁹⁰

De acordo com Posner, a teoria do interesse público não demonstraria de que modo a maximização da utilidade pelos indivíduos resultaria em uma ação governamental promotora dos interesses de grupos tão difusos quanto os dos consumidores, contribuintes e assemelhados.¹²⁹¹

Nota-se, aqui, a convergência e complementaridade de teorizações da Escola de Chicago com aquelas oriundas da Public Choice consistentes em construtos tais quais o Teorema de Arrow.

Posner sustenta que de qualquer modo as doutrinas do *common law* que satisfaçam o critério do ótimo de Pareto concebido como “princípio do consentimento”¹²⁹² podem ser considerados, de maneira plausível, candidatos à

¹²⁸⁹ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁹⁰ POSNER, R. *ibid.* O autor observa que “a teoria dos grupos de interesse é uma teoria econômica porque vincula a ação do governo com a maximização de utilidade pelas pessoas que buscam por tal ação.” POSNER, R. *id.* pp. 103-104.

¹²⁹¹ POSNER, R. *id.* p. 104. Além disso, para o autor, "a implicação da teoria dos grupos de interesse de que grupos difusos são mais propensos a perder a competição por proteção governamental em face de grupos mais compactos solapa a plausibilidade da teoria do interesse público mesmo como teoria descritiva." POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²⁹² Reconhece o autor que “nenhuma doutrina do *common law* satisfaz uma interpretação literal do critério de Pareto.” POSNER, R. *ibid.*

sobrevivência mesmo no ambiente de um sistema político que, de outro modo, seria voltado a atividades redistributivas.¹²⁹³

Defende o autor um ponto de vista segundo o qual uma norma (*rule*) ou instituição (*institution*) que satisfaça o critério do consentimento dificilmente seria modificável no sentido de atender a eventual vontade de redistribuição de riqueza por parte de algum grupo de interesse, ao menos a partir das ferramentas disponíveis aos juízes do *common law*.¹²⁹⁴

Na ótica posneriana, isto seria particularmente verdadeiro em casos de litigância precedida por uma relação voluntária, como no caso dos proprietários de imóveis discutido por ele anteriormente.¹²⁹⁵

Afirma, ainda, que o uso potencial do *common law* para redistribuição sistemática de riqueza não é elevado sequer nos casos de inexistência de um pacto prévio entre as partes. Exemplifica, afirmando ser difícil imaginar como a mudança do *negligence system* para o *strict liability system* em matéria de acidentes de trânsito poderia aumentar a riqueza de um grupo social pequeno e compacto, facilmente identificável e organizável, como preconiza a teoria dos grupos de interesse.¹²⁹⁶

Posner reconhece que a importância dos grupos de interesse na formulação das políticas públicas não seria negligenciável, no entanto, sustenta que promovendo a norma da eficiência em âmbitos regulados pelo *common law* teriam mais êxito em promover seu autointeresse.¹²⁹⁷ De acordo com o autor

¹²⁹³ POSNER, R. *id.* p. 104.

¹²⁹⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹²⁹⁵ POSNER, R. *ibid.* Aduz: "Então tudo o que o tribunal está fazendo é alterar um termo de um contrato, e as partes podem fazer mudanças compensatórias nos termos remanescentes." *Ibid.* Sustenta Posner, ainda, que "mesmo se a disputa não emerge de um contrato, as partes podem ser interdependentes de um modo que anula amplamente os efeitos de riqueza de uma mudança na regra de responsabilidade." POSNER, R. *ibid.* Tradução livre do autor.

¹²⁹⁶ POSNER, R. *id.* p. 105.

¹²⁹⁷ POSNER, R. *ibid.*

Fazendo isso, então, eles aumentam a riqueza da sociedade, da qual eles receberão uma parcela; nenhuma norma alternativa os conduziria a uma parcela maior. Ainda, nenhum deles dedicará recursos substanciais para promover a eficiência do *common law*, porque os benefícios que cada grupo obtém será menor e porque cada um será tentado a beneficiar-se dos esforços dos demais. Mas para que a norma da eficiência sobreviva, poucos recursos foram devem ter sido voltados para sua promoção; sua neutralidade distributiva opera no sentido de reduzir tanto a oposição como o apoio.¹²⁹⁸

Observa Posner, ainda, que tal análise considera os juízes meros agentes do Estado, não se debatendo, portanto, com as dificuldades oriundas da independência judicial que assolam todas as teorias do comportamento autointeressado dos magistrados.¹²⁹⁹

O autor visa a tarefa principal de elucidar os vínculos entre a teoria da eficiência do *common law* e a teoria redistributiva dos grupos de interesse, embora não sejam claros em toda a sua extensão.¹³⁰⁰ Segundo Posner

A teoria implica igualmente que se as legislaturas legislam no campo do *common law* – legisla, isso é, com respeito a direitos e garantias na responsabilidade civil, contratos, propriedade e campos correlatos – elas também tentarão promover eficiência. Não é a natureza da instituição reguladora mas o objeto e os métodos de regulação que determinará se o governo promoverá eficiência ou redistribuirá riqueza.¹³⁰¹

Enfim, Posner busca evidenciar as relações entre sua teoria da eficiência do *common law* com a ética da maximização de riqueza, afirmando que o princípio do consentimento que ele extrai do princípio de eficiência paretiana seria apenas outro nome para a ausência de efeitos distributivos sistemáticos. Em síntese, convém transcrever esta passagem nas palavras do autor:

O princípio do consentimento que eu extraí do critério do ótimo de Pareto é outro nome para a ausência de efeitos distributivos sistêmicos. A

¹²⁹⁸ POSNER, R. *id.* p. 105. Tradução livre do autor.

¹²⁹⁹ POSNER, R. *ibid.* Posner reconhece tal problema como um caso de *agency*. POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰⁰ POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰¹ POSNER, R. *id.* pp. 105-106. Tradução livre do autor.

compensação probabilística discutida em conexão com o sistema de responsabilidade por culpa em acidentes de automóveis me levou a ignorar os efeitos distributivos *ex post* ao avaliar aquele sistema. Por isso mesmo, nenhum grupo pode esperar beneficiar-se *ex ante* de uma troca no sistema (presumindo-se que o sistema é o mais eficiente possível) e aqueles que perdem *ex post*, sendo poucos e dispersos, não constituem um efetivo grupo de interesse.¹³⁰²

Posner explora ainda o a questão acerca do caráter eficiente ou utilitarista do *common law*. Indaga-se o autor se alguém seria capaz de empiricamente distinguir a teoria da eficiência do *common law* da teoria utilitarista subscrita pelos juízes no apogeu do *common law*.¹³⁰³

O autor admite que algumas das figuras do ensino jurídico teriam sido adeptas do utilitarismo, mas afirma que dificilmente a expressão utilitarista poderia ser considerada, no período, diversa de econômico.¹³⁰⁴

De acordo com Posner, não haveria casos nos quais o utilitarismo tenha desviado da Economia e tenha sido seguido pelo *common law*.¹³⁰⁵ De acordo com o autor inexistiria qualquer traço de simpatia no *common law* por figuras como a do ladrão, a do sequestrador ou outro criminoso que alegue em sua defesa que obteve mais prazer com a prática do crime do que sofreu a vítima.¹³⁰⁶

Assim, o autor rejeita a visão utilitarista do *common law*, sustentando que em última análise a base deste seria a Economia, e não o utilitarismo propriamente dito.

Outro ponto relevante para o presente trabalho consiste no exame feito por Posner sobre as ligações e distinções de sua teoria plutomaximizadora com a Teoria da Justiça de John Rawls. Posner reconhece que sua teoria acerca de uma ética

¹³⁰² POSNER, R. *id.* p. 106. Tradução livre do autor.

¹³⁰³ POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰⁴ POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰⁵ POSNER, R. *ibid.* Posner exemplifica: "igualdade de renda, proteção dos animais, proibição da mendicância são todas políticas defendidas por Bentham, o mais completo utilitarista, e no entanto não se encontra resquício de tais políticas no *common law*. Bentham também acreditava na imposição de um dever jurídico de ser um 'bom samaritano', mas o *common law*, talvez com fundamentos econômicos, rejeitou tal dívida." Tradução livre do autor.

¹³⁰⁶ POSNER, R. *id.* pp. 106-107.

fundada no critério da maximização de riqueza possuiria raízes comuns com a teoria Rawls.¹³⁰⁷

Observando que a partir da posição original Rawls procura sustentar que as pessoas escolheriam maximizar a utilidade dos piores resultados na distribuição mais do que a utilidade expectada, cita trabalho de Kenneth Arrow sobre a obra de Rawls.¹³⁰⁸

Em tal obra, Arrow evidencia implicações do princípio *maximin*¹³⁰⁹ dificilmente aceitáveis, como, por exemplo, a de que qualquer benefício, por ínfimo que seja, para o membro da sociedade em pior posição, supere qualquer redução de utilidade de um indivíduo em melhor posição, desde que não o faça de modo a deixar este em situação pior do que a do primeiro.¹³¹⁰

Sustenta Posner que, em se entendendo, como faz Arrow, que alguém possa achar que a utilidade esperada seja um *maximand* mais plausível do que o *maximin*,

¹³⁰⁷ POSNER, R. *id.* p. 99. A base inicial do reconhecimento posneriano é o paralelismo entre as situações da posição original rawlsiana e da escolha individual entre os sistemas de *strict liability* e *negligence liability*. POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰⁸ Transcreve-se o trecho citado literalmente: "(...) partindo da posição [original] aquela escolha sob condições de risco pode ser descrita como a maximização da utilidade expectada. Na posição original, cada indivíduo tem a mesma probabilidade de ser qualquer membro da sociedade. Se há n membros da sociedade e se o i -ésimo membro terá uma utilidade u_i , sob determinada decisão de alocação dada, então o valor daquela alocação para qualquer indivíduo é $\sum u_i (1/n)$, onde $1/n$ é a probabilidade de ser o indivíduo i . Portanto, ao escolher entre alocações alternativas de bens, cada indivíduo na posição original buscará maximizar suas possibilidades, ou, o que é a mesma coisa para uma dada população, maximizar a soma das utilidades." Tradução livre do autor. POSNER, R. *ibid.*

¹³⁰⁹ Como é sabido, a teoria do *maximin*, central nas teorizações rawlsianas implica na escolha de uma entre várias concepções de justiça diferentes a partir da comparação do pior resultado possível de cada uma delas, devendo ser escolhida aquela que proporcionar os piores resultados menos maus do que as demais. GARGARELLA, R. **Teorias da justiça depois de Rawls, as: um breve manual de filosofia política.** Trad. Alonso R. Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 23-24.

¹³¹⁰ Literalmente: "Foi observado já há muito, de todo modo, que a teoria do *maximin* teria algumas implicações que parecem dificilmente aceitáveis. Ela implica que qualquer benefício, não importa o quão ínfimo, para o membro em pior situação da sociedade, superaria qualquer perda para um indivíduo em melhor condição, desde que ela não rebaixe o segundo abaixo do nível do primeiro. Então, podem facilmente existir procedimentos médicos capazes de manter uma pessoa simplesmente viva mas com pouquíssima satisfação e que são tão caros a ponto de reduzir o resto da população à miséria. Um princípio *maximin* aparentemente implicaria que tais procedimentos fossem adotados." Tradução livre do autor. Arrow apud POSNER, R. *id.* p. 100.

será levado à conclusão de que o utilitarismo encontraria um fundamento mais firme no princípio do consentimento do que na “justiça como equidade” rawlsiana.¹³¹¹

Além das dificuldades enfrentadas pelas teorias do consentimento baseadas em escolhas feitas a partir da posição original em virtude de dificuldades em descrever as funções de preferência das pessoas, elas teriam ainda, segundo Posner, o inconveniente de “abrir as portas para as demandas dos improdutivos.”¹³¹²

Assim, Posner sustenta ser preferível uma teoria calcada em ignorância natural – pessoas reais fazendo alocações reais de talentos, energia e caráter sob incerteza – do que em uma ignorância artificial que, em seu ponto de vista, obscurece a distinção entre capacidade de fruição ou gozo (*capacity to enjoy*) e capacidade produtiva (*capacity to produce for others*).¹³¹³

Em resumo, o esforço teórico de Posner, aqui brevemente analisado, se dá no sentido de preconizar não apenas a extensão do ferramental econômico para a análise do campo jurídico, mas chega a sustentar a existência de uma racionalidade econômica subjacente ao Direito e a preconizar uma Teoria moral e uma Teoria da Justiça baseadas na eficiência.

O critério de eficiência eleito para tanto não é o ótimo de Pareto, que Posner vislumbra como baseado no utilitarismo embora ostente em elemento kantiano consistente na exigência do consentimento. Devido às suas características, o autor refuta tal conceito de eficiência, endossando o critério da maximização da riqueza ou Kaldor-Hicks.

Posner esforça-se para demonstrar que a Ética por ele proposta superaria os inconvenientes tanto do utilitarismo quanto daquilo que denomina kantianismo, sustentando que ela conciliaria, como nenhuma outra, autonomia e maximização da riqueza.

¹³¹¹ POSNER, R. *ibid.*

¹³¹² POSNER, R. *ibid.*: “Na posição original, ninguém sabe se terá capacidades produtivas, então as escolhas feitas nessa posição refletirão alguma probabilidade de o indivíduo que faz a escolha torne-se um membro improdutivo da sociedade.” Tradução livre do autor.

¹³¹³ POSNER, R. *ibid.*

Após esta incursão em alguns dos aspectos centrais do pensamento posneriano, ainda que restrita a duas de suas principais obras, haja vista a enorme extensão do conjunto, resta concluir o presente Capítulo, cujo escopo foi essencialmente descrever os traços principais de duas das principais visões acerca do Direito a partir da Economia.

No Capítulo III sucessivo, far-se-á a crítica da Teoria Econômica que serve de base teórica a referidas concepções e às próprias concepções sustentadas por esses autores e seus seguidores, buscando-se demonstrar algumas inclinações ideológicas de ambas e outros problemas de variada ordem, com recurso a concepções radicalmente diversas.

Buscar-se-á problematizar algumas assunções das visões ora exploradas, como a da superioridade do livre mercado e o minimalismo estatal, o papel do Direito nesse contexto. Problematizar-se-ão sobretudo e especialmente a noção de que o Direito deve servir à promoção da eficiência, e a tentativa de promover uma “ética” baseada na maximização da riqueza, com rejeição a todas as pretensões de justiça distributiva e promoção de igualdade por parte do Direito e das políticas estatais.

3 A CRÍTICA DAS VISÕES ECONOMICISTAS DO DIREITO.

“Nenhuma sociedade parece ter sucumbido ao tédio. O homem desenvolveu uma capacidade de sobreviver à reiteração pomposa do lugar-comum.” (Galbraith).¹³¹⁴

No presente Capítulo buscar-se-á fazer a crítica às visões econômicas do direito aqui brevemente visitadas, no sentido analisá-las e evidenciar seus possíveis problemas e limitações.

O mesmo constitui etapa preparatória para o Capítulo IV, portanto, no qual se buscará aprofundar a análise e propor novas abordagens para a compreensão do Direito a partir da Economia a partir de alguns aspectos particularmente problemáticos, de modo a superar alguns desses problemas e limitações que parecem assolar as concepções ora visitadas.

O presente Capítulo divide-se em duas seções principais, sendo a primeira delas voltada à crítica do pensamento econômico ortodoxo vigente – ou do *saber* convencional, nas palavras de Galbraith¹³¹⁵ – e outra voltada à crítica da Análise Econômica do Direito nele baseada, notadamente concepções como as defendidas por autores como Hayek e Posner.

Para a crítica da ortodoxia econômica e das visões do Direito nela escoradas parece relevante evidenciar preliminarmente o conceito de saber convencional elaborado por John Kenneth Galbraith. Esse autor sustenta que a compreensão da vida econômica e social depende de uma visão clara acerca da relação entre os

¹³¹⁴ GALBRAITH, J. K. **Sociedade Afluente, a**. Trad. Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987, p. 17.

¹³¹⁵ Como ensina António José Avelãs Nunes, "J. K. Galbraith é um dos autores que, desde a década de 50, mais lucidamente tem contribuído para a crítica desta 'economics [as] a system of belief', desta 'sedative economics' que persiste na defesa do dogma da *soberania do consumidor*." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 65.

acontecimentos e a sua interpretação, destacando a possibilidade de afastamento entre ambos.¹³¹⁶

A complexidade e a incoerência dos fenômenos sociais reclamariam a interpretação dos mesmos, o que daria espaço, por sua vez, a variadas crenças. Segundo Galbraith, “dentro de uma gama considerável, o indivíduo pode acreditar naquilo que desejar. Poderá adotar qualquer visão do mundo que considerar mais agradável ou mais adequada ao seu gosto.”¹³¹⁷

Daí decorreria a competição entre o real e o verossímil, e os públicos mais variados tenderiam a aplaudir aquilo que apreciam em maior medida. Afirma Galbraith que “é o teste da aprovação do público, muito mais que o teste da verdade, que define o que será dito.”¹³¹⁸

Galbraith observa que entre os diversos fatores que concorreriam para a aceitação de uma ideia, um dos que em mais elevado grau são associados com a noção de verdade é a conveniência.¹³¹⁹

Devido ao desconforto de se descobrir que não se sabe, verificar-se-ia uma tendência em agarrar-se ao que se sabe como sendo certo. A familiaridade, sustenta Galbraith, constituiria a pedra de toque da aceitabilidade, e ideias aceitáveis ostentariam grande estabilidade e previsibilidade.¹³²⁰

¹³¹⁶ GALBRAITH, J. K. **Sociedade Afluente** *cit.* p. 07. Em uma referência à obra *Cândido*, de Voltaire, Keynes ironiza o otimismo dos economistas ortodoxos influenciados pelo pensamento de Ricardo e crentes em teorias em absoluto descompasso com as evidências proporcionadas pela realidade. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 34.

¹³¹⁷ GALBRAITH, J. K. **Sociedade Afluente** *cit.*

¹³¹⁸ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹³¹⁹ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 08: “É evidente que, num grau bastante elevado, nós associamos a verdade à conveniência – ao que está mais de acordo com os nossos interesses e o nosso bem-estar pessoal, ou ao que melhor promete evitar esforços inoportunos ou modificações inconvenientes na vida.” A promoção da própria estima e o cuidado com aquilo que se aprendeu como certo também se fariam fortemente presentes, segundo o autor. GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹³²⁰ GALBRAITH, J. K. *id.* pp. 08-09.

Assim, o autor constrói um conceito para referir-se às ideias respeitadas em certo momento em função de sua aceitabilidade, utilizando para tanto a expressão saber convencional.¹³²¹

Longe de constituir propriedade de algum grupo político, o saber convencional pode ser estabelecido pelo teste de aceitabilidade, sendo os eventuais desvios relativamente ao saber convencional considerados normalmente como infidelidade ou apostasia.¹³²²

O saber convencional implicaria, portanto, renúncia à originalidade, e se apresentaria em diversificados níveis de sofisticação. No campo científico, observa Galbraith, apenas as pequenas inovações na formulação ou exposição costumariam ser bem aceitas.¹³²³

Sendo o marco de autenticidade do saber convencional constituído por sua aceitação por parte daqueles a quem é dirigido, convém observar que, de acordo com o autor, diversos podem ser os motivos pelos quais ocorreria a aceitação: satisfação do ego, crença no que é dito, e assim por diante.¹³²⁴

Segundo Galbraith o saber convencional encontraria seu inimigo no desenrolar dos acontecimentos, posto sua acomodação não se dar relativamente à realidade que supostamente pretende interpretar, mas à visão que seu público tem do mundo.¹³²⁵

¹³²¹ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 09.

¹³²² GALBRAITH, J. K. *ibid.*: “O conservador é levado por sua disposição, não isenta de interesses pecuniários pessoais, a aderir ao que lhe é familiar e bem estabelecido. (...) Um ‘bom’ liberal, ou um liberal ‘tarimbado e convicto’ ou ainda um ‘autêntico e verdadeiro’ liberal é aquele que se mostra adequadamente previsível. Isso significa que ele abdica de qualquer esforço efetivo de originalidade.”

¹³²³ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 10. Observa o economista canadense que por vezes “estudiosos reúnem-se em congressos eruditos para ouvir em palavras elegantes aquilo que todos já ouviram antes. Mas este também não é um rito sem importância que possa ser desprezado, pois sua finalidade não é transmitir conhecimentos, mas beatificar os sábios e o saber.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹³²⁴ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹³²⁵ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 12.

A visão do público, ditada pela conveniência e por isso relativamente estática, faria com que o saber convencional se encontrasse sob constante ameaça de se tornar obsoleto.¹³²⁶

Sustenta o autor que “o golpe fatal ao saber convencional vem quando as idéias convencionais ostensivamente fracassam ao tentarem lidar com alguma contingência para a qual a obsolescência as tornou irrefutavelmente inaplicáveis.” Segundo ele mais cedo ou mais tarde este seria o destino de ideias que perderam relação com a realidade.¹³²⁷

Ensina o economista que “o saber convencional protegeria as ideias e as ações sociais da comunidade”, aduzindo que a sua continuidade seria enorme. Observa, no entanto, existirem sérias desvantagens e perigos em um sistema de pensamento que evita acomodar-se às circunstâncias até que seja obrigado a fazê-lo.¹³²⁸

Afirma Galbraith que “em amplos setores da economia, o desenrolar dos acontecimentos – sobretudo o aumento da nossa riqueza e do bem-estar popular – mais uma vez tornou o saber convencional tristemente obsoleto, podendo vir a ser um inimigo da nossa felicidade.”¹³²⁹

Com efeito, não poucos autores refutam diversas ideias que compõe os próprios fundamentos do pensamento econômico contemporâneo por considerá-las saber convencional – ainda que não necessariamente utilizem a expressão – ou seja, um saber que, a despeito de contar com ampla difusão e aceitação e de ser bastante conveniente para certos indivíduos ou grupos de indivíduos, pouco ou nada dizem de relevante sobre a realidade.

Assim, como ilustração, convém recordar que ninguém menos do que John Maynard Keynes, em trecho célebre de um escrito de sua autoria intitulado *O Fim do*

¹³²⁶ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹³²⁷ GALBRAITH, J. K. *ibid.* Um exemplo utilizado entre outros pelo autor para exemplificar o triunfo da realidade sobre o saber convencional consistiu no descrédito e abandono do liberalismo por ocasião da Grande Depressão. GALBRAITH, J. K. *id.* p. 13-15.

¹³²⁸ GALBRAITH, J. K. *id.* p. 17.

¹³²⁹ GALBRAITH, J. K. *ibid.*

Laissez-faire, refuta veementemente aspectos fundamentais da ortodoxia econômica marginalista-subjetivista e neoclássica:

*Não é verdade que os indivíduos disponham de uma inquestionável 'liberdade natural' nas suas actividades económicas. Não existe nenhum 'contrato' que confira direitos perpétuos aos que têm ou aos que adquirem. O mundo não é governado a partir de cima de modo que os interesses privados e os interesses sociais sempre coincidam. E não é gerido a partir de baixo de modo que, na prática, eles coincidam. Não é uma dedução correcta dos princípios da economia que o interesse próprio esclarecidamente entendido opere sempre no interesse público. Nem é verdade que o interesse próprio seja em regra esclarecidamente entendido; a maior parte das vezes os indivíduos que actuam isoladamente para prosseguir os seus próprios objectivos são demasiado ignorantes ou demasiado fracos, mesmo para atingir estes objectivos. A experiência não mostra que, quando os indivíduos formam uma unidade social, sejam sempre menos esclarecidos do que quando actuam separadamente.*¹³³⁰

Verifica-se, portanto, não serem poucos os aspectos do pensamento econômico ortodoxo passíveis de questionamento e, conseqüentemente, das visões do Direito nele fundadas.

A primeira parte do presente capítulo, portanto, consistirá em um esforço em evidenciar algumas das principais fragilidades do saber convencional econômico, pontos em que o mesmo encontra-se em sério descompasso para com os acontecimentos e para com a realidade, buscando proporcionar uma visão mais ampla e crítica da ortodoxia econômica contemporânea.

A segunda parte, consistirá em um esforço em demonstrar que as visões econômicas sobre o Direito sustentadas por autores como Hayek e Posner, em grande parte baseadas no saber convencional referido, constituem na realidade expressão de certas visões políticas sobre o Direito, sustentadas a partir de determinadas posições políticas e ideológicas de seus autores, travestidas de teoria através de uma roupagem econômica e de uma aparente neutralidade e cientificidade que, como se verá, não se sustenta.¹³³¹

¹³³⁰ KEYNES, J. M., *The End of Laissez-Faire*, apud NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia** cit. p. 593.

¹³³¹ Ronald Dworkin considerou a Análise Econômica do Direito “uma teoria política sobre o Direito”, corroborando a visão aqui sustentada. DWORKIN, R. **Is Wealth a Value?** *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, março 1980, p. 191.

3.1 CRÍTICA DA ORTODOXIA ECONÔMICA CONTEMPORÂNEA

Como visto no Capítulo introdutório o pensamento econômico variou imensamente em suas diferentes fases históricas, assim como as práticas e a política econômica, sendo evidente o impacto de certos contextos históricos e sociais sobre ambas as dimensões – com maior ênfase sobre as práticas e a política econômica do que sobre o pensamento econômico, que se revelou mais resistente a mudanças do que aquela.

Ao longo da História do Pensamento Econômico explorada no Capítulo I verifica-se todo um espectro de correntes de pensamento rivais completamente heterogêneas entre si, embora algumas tenham sido dominantes ou hegemônicas.

Como visto, inúmeras Escolas e correntes de pensamento contrapuseram-se fortemente e debateram os fenômenos econômicos e sua compreensão, dissentindo profundamente com relação a aspectos fundamentais da compreensão dos fenômenos econômicos e da adequada interação entre mercado e Estado.

Da Escola Clássica ao Novo Classicismo – sem falar nas orientações representadas pelo mercantilismo e pela fisiocracia – vislumbram-se inúmeras controvérsias muito sérias a respeito de concepções teóricas, analíticas e metodológicas acerca dos fenômenos econômicos e de seu estudo.¹³³²

De todo modo, nos conflitos teóricos representados pela metáfora das sucessivas revoluções e contrarrevoluções do pensamento econômico, sumarizadas no Capítulo I, acaba por prevalecer uma orientação que, embora diversa, é herdeira

¹³³² Ninguém menos do que Léon Walras afirma, acerca da definição da Economia, que “falta a definição da Economia Política. De todas as definições já feitas, nenhuma teve o consenso geral definitivo que é signo das verdades conquistadas pela ciência.” WALRAS, L. *op. cit.* p. 29. Recordando que autores como Avelãs Nunes, Paul Sweezy, Joan Robinson, John Hicks e Claudio Napoleoni reconhecem a existência de duas grandes correntes dentro das quais situam-se as variantes do pensamento econômico, a saber, a perspectiva clássico-marxista e a perspectiva subjetivista-marginalista, sendo que esta última representa a orientação acadêmica dominante no campo da Economia na atualidade. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 8.

de uma longa tradição liberal, ainda que cada Escola e cada período histórico ostente peculiaridades e diferentes graus de sofisticação.¹³³³

A orientação do pensamento econômico contemporâneo, embora possa variar relativamente a algumas questões menores, quase sempre se mantêm no marco de um paradigma hegemônico, representado por uma orientação subjetivista-marginalista, como a Economia neoclássica e a Economia "novo-clássica". Parece possível falar, neste sentido, em uma ortodoxia do pensamento econômico.

O enfoque adotado, os elementos teóricos e analíticos e – ainda que em menor medida – metodológicos permanecem basicamente os mesmos, o que não é desprovido de significados quanto ao resultado das investigações científicas no campo.

Convém, portanto, preliminarmente à análise crítica de aspectos centrais da ortodoxia da Análise Econômica do Direito e de outras visões economicistas do campo jurídico examinadas no Capítulo II, realizar uma análise crítica não-exaustiva referente a alguns dos aspectos centrais da do pensamento econômico ortodoxo que lhe serve de alicerce, o que se fará através da análise dos itens a seguir expostos.

Como ensina António José Avelãs Nunes, distinguindo a Economia Política da Economia *tout court*, “actualmente, a *Economia Política* poderá caracterizar-se por uma atitude crítica perante a *mainstream economics*, especialmente no que toca à sua pretensão de ser uma ‘ciência pura’, seus postulados individualistas, à sua defesa do equilíbrio e da harmonia, à sua recusa em considerar a perspectiva histórica e os factores dinâmicos.”¹³³⁴

Uma das possibilidades sustentadas no presente estudo, portanto, é a da possibilidade não apenas de uma Análise Econômica do Direito a partir da Economia – leia-se, do paradigma dominante – mas também a partir da Economia dominante,

¹³³³ ORMEROD, P. **Morte da economia**, a. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 49: “É preciso lembrar que quase desde o início do desenvolvimento da atual ortodoxia econômica, há mais de cem anos, uma minoria de economistas vem discordando da visão dominante, cuja contestação intelectual mais séria foi feita por Keynes na década de 1930.”

¹³³⁴ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 6.

entendida como as correntes heterodoxas com relação a diversas das convenientes “verdades” do saber convencional.

Os próximos tópicos serão dedicados a problematizar alguns desses aspectos discutíveis que são basilares ao saber convencional e à ortodoxia do pensamento econômico contemporâneo. Neles questionar-se-ão alguns dos aspectos característicos do saber econômico atual evidenciados ao longo do Capítulo I.

3.1.1 Conceito, objeto da Ciência Econômica e suas limitações

Um aspecto essencial a se observar e questionar consiste na definição do próprio conceito e objeto da Ciência Econômica.¹³³⁵ Ambas as questões são tormentosas e, como reconhece António José Avelãs Nunes, definir a Economia não constitui tarefa fácil.¹³³⁶ Como já visto durante muito tempo a Economia fora definida como sendo o saber que tinha por objeto a satisfação das necessidades humanas.¹³³⁷

Nada obstante, em períodos históricos mais recentes a Ciência Econômica fora objeto de uma reformulação profunda em sua própria concepção, como visto, passando a ser compreendida como o Estudo das origens, da circulação e da

¹³³⁵ Como ensina Walras, os fisiocratas definiam Economia como o estudo do governo natural da sociedade; Adam Smith, como o ramo de conhecimentos destinado a sustentar e enriquecer o povo e o soberano; Jean-Baptiste Say, como o conhecimento sobre os meios pelos quais as riquezas se formam, distribuem e consomem. WALRAS, L. *op. cit.* pp. 29-35.

¹³³⁶ WALRAS, L. *op. cit.* p. 29. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 7. O autor faz referência ao conceito de Marshall, no sentido de defini-la como o estudo da humanidade no que se refere aos assuntos correntes da vida. NUNES, A. J. A. *ibid.*

¹³³⁷ O que se encontrava diretamente relacionado com uma leitura da Economia a partir de uma certa concepção de moralidade. Como ensina Avelãs Nunes com base em Werner Sombart (1863-1941), "nas épocas anteriores à civilização capitalista, 'no centro de todo o esforço e preocupação estava o homem, medida de todas as coisas' (Werner Sombart). Nesta fase da 'economia natural' são múltiplos os fins da actividade económica, que se desenvolve segundo critérios costumeiros tradicionais." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 53.

distribuição da riqueza na sociedade – o que ocorre sobretudo sob a égide da Escola Clássica.¹³³⁸

A despeito disso, ainda sob a Escola Clássica preservava-se uma perspectiva ampla de análise dos fenômenos econômicos, o que pode ser demonstrado com o pensamento de seus representantes mais ilustres.¹³³⁹ Observa Paul Ormerod, acerca do pensamento de alguns dos principais representantes do pensamento clássico, que “como no caso de Smith, o leque dos interesses intelectuais de Ricardo era amplo, abrangendo problemas sociais e econômicos ou, como ele os considerava, questões de economia política.”¹³⁴⁰

Tal concepção, por sua vez, foi objeto de uma depuração teórica, excluindo-se as temáticas que caracterizavam a Economia Política¹³⁴¹, e passando-se a conceber a Economia exclusivamente como uma ciência que estudaria a alocação racional de recursos escassos entre fins excludentes entre si¹³⁴², por obra da revolução marginalista do século XIX.¹³⁴³

¹³³⁸ Como ensina Ormerod, “os profissionais modernos vêem a economia como algo que pode ser analisado de modo isolado.” ORMEROD, P. *op. cit.* p. 25. Segundo este mesmo autor elementos como o cenário institucional e a experiência histórica, assim como o quadro de referência geral do comportamento são impiedosamente excluídos da análise econômica contemporânea. ORMEROD, P. *ibid.*

¹³³⁹ Como ensina Avelãs Nunes, acerca da perspectiva clássico-marxista: “À luz desta perspectiva, a ciência econômica tem no conceito de *excedente social* o seu núcleo essencial e é construída a partir dele e à volta dele. Desde os fisiocratas que a ciência econômica se interroga acerca da origem da *riqueza* e da natureza do *excedente* e procura explicar como é que ele se distribui entre as várias *classes sociais*, em sociedades caracterizadas pelo *conflito social*.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 15.

¹³⁴⁰ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 25.

¹³⁴¹ Autores como Walras passam a propugnar uma Ciência Econômica pura. Este autor, em seu Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura, rechaçando as definições anteriores de Economia, busca reformular tal conceito, distinguindo Ciência, Arte e Moral, insistindo no caráter explicativo da ciência, considerando-a como estudo puro dos fatos naturais e humanos. WALRAS, L. *op. cit.* pp. 37 e ss.

¹³⁴² Como ensina Avelãs Nunes, a maioria da ortodoxia econômica contemporânea adota exatamente tal definição, fruto da síntese realizada por Lionel Robbins em 1932. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 44. Um dos efeitos da redução de escopo da Economia consiste na exclusão do estudo de fenômenos relativos ao poder e às relações de poder. NUNES, A. J. A. *id.* p. 50.

¹³⁴³ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 57. Ormerod afirma que a Ciência Econômica, a partir da segunda metade do século XIX, estaria na mesma situação de Dante no *Inferno* da *Divina Comédia*, ou seja, perdida em uma selva escura da qual até hoje não teria saído. ORMEROD, P. *id.* p. 49. Como ensina António José Avelãs Nunes, “a nossa disciplina surgiu como *Economia Política*. Mas a partir de 1890 (1ª ed. dos *Principles of Economics*, de Alfred Marshall) generalizou-se a

Durante tais modificações perdeu-se completamente o sentido da disciplina, originalmente voltada à satisfação das necessidades humanas e a um estudo amplo dos fenômenos econômicos. Por outro lado há que se observar que as modificações narradas não foram, contrariamente ao que se possa querer fazer crer, neutras, imparciais, desinteressadas e frutos naturais do desenvolvimento científico do campo do conhecimento em questão.¹³⁴⁴

Antes, é bastante evidente terem constituído frutos de disputas externas e internas ao saber econômico, isto é, disputas históricas no campo político, econômico e social e disputas teóricas nos domínios da “lúgubre ciência”, alcunha pela qual a Economia é conhecida por força do pensamento de Thomas Malthus (1766-1834).

Com efeito, o processo de amoralização da economia – adiante analisado com maior vagar – que conduz à perda do sentido da Economia como ciência que estudaria a satisfação das necessidades humanas, deve-se à ascendência política, econômica e social de uma nova classe – a burguesia – e ao advento de um novo modo de produção – o capitalismo¹³⁴⁵.

Do mesmo modo, o abandono da visão ampla dos fenômenos econômicos sustentada pela Escola Clássica – ou perspectiva clássico-marxista, na terminologia de Avelãs Nunes – e sua substituição por uma teoria da alocação racional de recursos em um mundo de escassez é promovida por teóricos comprometidos com certa ordem política, econômica e social, como é sabido.¹³⁴⁶

designação *Economics*. Com o êxito da ‘revolução marginalista’, a opção pela designação de *Economics* revela a preocupação de apresentar a disciplina como uma *teoria pura*, como uma *ciência teórica pura*, à semelhança da Matemática (*Mathematics*) ou da Física (*Physics*) e, por parte de alguns autores, o propósito de pôr em relevo que o que interessa é o indivíduo e não os grupos, a sociedade ou o estado.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 5.

¹³⁴⁴ De acordo com Avelãs Nunes, acerca da Economia marginalista, “a própria afirmação de sua *neutralidade* e do seu carácter ‘científico’ e ‘apolítico’ não é alheia a objetivos de natureza ideológica e política.” NUNES, A. J. A. *id.* p. 78.

¹³⁴⁵ Paul Ormerod observa que “a importância que Smith atribuía ao conjunto global dos valores segundo os quais a economia opera costuma ser ignorada por seus seguidores do final do século XX. Sua teoria econômica, baseada no interesse particular do indivíduo, é lembrada, mas seu quadro de referência moral não.” ORMEROD, P. *op. cit.* p. 24.

¹³⁴⁶ Ensina Avelãs Nunes que “a *Economia Política* não representa um *paradigma autónomo*, e talvez devamos admitir que não há uma *economia política homogénea*, mas várias *economias políticas*. Colocando-se numa perspectiva interdisciplinar, a *Economia Política* abre o caminho a diferentes

A redução do escopo da economia levada a cabo pela revolução marginalista tanto é artificial que esta jamais conseguiu desvencilhar-se totalmente da macroeconomia após a criação e afirmação desta no século XX.

Assim, a tentativa de redução da “velha” Economia Política à “nova” Economia – entendida como microeconomia – longe de constituir um passo necessário e desinteressado no desenvolvimento desta Ciência constitui um movimento teórico imbuído de inclinações ideológicas de toda sorte.¹³⁴⁷

Tal movimento teve o condão de afastar da discussão teórica dos economistas algumas questões bastante indigestas que assolavam a Economia Política clássica, como a da origem social da riqueza ou da distribuição do produto econômico entre as classes sociais.¹³⁴⁸

Com efeito e não por acaso, críticas aos economistas convencionais como aquelas realizadas pela Nova Esquerda endereçam-se, entre outras temáticas, àquilo que os últimos consideram constituir a escolha dos problemas errados e a negligência dos problemas centrais.¹³⁴⁹

Com a redução do escopo ganhou o pensamento econômico em rigor formal, mas perdeu em termos de referibilidade à realidade.¹³⁵⁰ As abstrações vão mais e mais se impondo sobre a realidade, a ponto de somente ser possível o pensamento e a teorização econômicas em um mundo forjado por pressuposições contrafáticas

ponderações acerca da importância dos elementos não-econômicos e a diferentes combinações destes elementos.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 6.

¹³⁴⁷ Como reconhece Fernando Araújo, uma das críticas feitas à Análise Econômica do Direito consiste em assentar-se em alicerces já desaparecidos há muito, a saber, uma teoria microeconômica exageradamente esquemática e abstrata. ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 27.

¹³⁴⁸ Não por acaso a categoria das classes sociais desaparecerá do pensamento econômico ortodoxo, cedendo espaço para o individualismo metodológico, o que demonstra o quanto questões ideológicas encontram-se inextricavelmente relacionadas com questões metodológicas, analíticas e teóricas, especialmente neste campo.

¹³⁴⁹ LINDBECK, A. **Economia Política da Nova Esquerda**, a. Trad. Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 35.

¹³⁵⁰ ORMEROD, P. *op. cit.* p.19.

cada vez mais discrepantes da realidade.¹³⁵¹ Este processo terá reflexos em termos analíticos, teóricos e metodológicos, como se analisará em item subsequente.

A História do Pensamento Econômico evidencia que a crítica à visão econômica ortodoxa – seja na versão clássica, seja na versão marginalista-subjetivista – originou-se a partir de diversos quadrantes e com variados fundamentos, inclusive no que diz respeito ao objeto da Economia e seu universo conceitual. Um exemplo pertinente é o Institucionalismo, analisado brevemente no primeiro capítulo.

Como observa Todd Buchholz, “geralmente, os institucionalistas olham para longe das categorias econômicas habituais: rendas, lucros, receita, capital, custo da mão-de-obra, e outros. Em vez disso eles se concentram nas leis, no elemento moral e nas instituições da sociedade para compreensão.”¹³⁵²

Ou seja, as diversas orientações institucionalistas apontam na direção da possibilidade de um saber econômico que não seja prisioneiro de um universo conceitual e analítico extremamente restrito, mas que se abra ao diálogo interdisciplinar com outros campos do saber e que permaneça atento para a influência de elementos culturais, políticos, sociais e de outra natureza sobre os fenômenos econômicos.¹³⁵³

¹³⁵¹ ORMEROD, P. *ibid.* Com efeito, muitas vezes a abstração revela-se um recurso metodológico necessário ao desenvolvimento das pesquisas e teorizações econômicas, haja vista o número imensamente elevado de variáveis que interferem em diferentes fenômenos econômicos, como reconhece, entre tantos, Avelãs Nunes. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 99. No entanto, em alguns casos as abstrações e suposições são de tão elevado grau de irrealidade que arriscam tornar inservíveis as conclusões extraídas a partir de determinadas premissas. Pressuposições como a informação completa, a neutralidade ao risco, a ausência de externalidades, a ausência de poder de mercado, os custos de transação zero, entre outros, revelam nitidamente tal fenômeno. Sobre o tema, remete-se a ORMEROD, P. *op. cit.* p. 22.

¹³⁵² BUCHHOLZ, T. **Novas idéias de economistas mortos**. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves ; Regina Bhering : Rio de Janeiro : Record, 2000, p. 205. O autor distingue os antigos dos novos institucionalistas. Segundo ele os primeiros surgiram no início do século XX e criticavam a irrealidade da economia ortodoxa, ao passo que os novos institucionalistas utilizariam exatamente dos instrumentos da Economia neoclássica para analisar as instituições da sociedade. BOCHHOLZ, T. *id.* pp. 205-206.

¹³⁵³ "E de muitos lados vem a crítica de que as complexas técnicas analíticas apoiadas na matemática e os modelos altamente formalizados deixam de fora factores não-económicos que são estratégicos para a abordagem adequada de muitos problemas dos nossos dias, em cuja análise a *quantificação* deve dar lugar à *compreensão*, valorizando menos as *relações de causalidade* do que as *relações de interdependência*, inseridas numa realidade em permanente devir e

Buchholz observa que Veblen considerava que os economistas convencionais moviam-se em uma confusão e que o saber econômico deveria aproximar-se de outros saberes como a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia em prol de seu aperfeiçoamento teórico.¹³⁵⁴

Sustenta Paul Ormerod que a ortodoxia econômica contemporânea encontrar-se-ia isolada, tendo perdido seus vínculos com suas origens e, do ponto de vista metodológico, encontrar-se-ia isolada também das ciências exatas cujo *status* de elevada cientificidade aspirava para si.¹³⁵⁵

Em seu livro intitulado *A Morte da Economia*, esse autor afirma que não apenas a economia mundial enfrenta uma crise¹³⁵⁶, mas também que “a teoria econômica ortodoxa, presa na armadilha de uma visão idealizada e mecanicista de mundo, não tem como ajudar.”¹³⁵⁷

Ormerod destaca a incapacidade dos economistas em prever as crises e recessões, entre outros fenômenos econômicos, a despeito da profissão de fé dos

enraizadas no ambiente histórico-cultural que caracteriza cada comunidade." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* pp. 93-94.

¹³⁵⁴ BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 206.

¹³⁵⁵ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 32.

¹³⁵⁶ É interessante observar que Ormerod menciona especificamente – já na época da publicação do livro, em 1994 – os problemas europeus que atualmente são mais do que evidentes. Menciona ainda o incidente envolvendo o Nobel Maurice Allais, que em 1993, na *École de Hautes Études Commerciales*, reconheceu que o livre-comércio não seria benéfico para todos, e que provavelmente o seria apenas em circunstâncias muito especiais, sendo contradito na sequência por Jacques Attali, então presidente do Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento. ORMEROD, P. *id.* p. 18. Mais adiante, Paul Ormerod complementa: “Claro que no momento em que as barreiras comerciais no interior da União Européia foram reduzidas ao mínimo – na verdade, o famoso programa de 1992 que removia muitas restrições comerciais está vigorando agora –, pode ser mera coincidência a Europa não estar vivendo um boom e, sim, entrando numa recessão profunda!” *Id.* p. 19. O texto é de 1994, insista-se.

¹³⁵⁷ ORMEROD, P. *id.* p. 13. Como exemplo de sua crítica: “Na Europa ocidental, os economistas elogiaram o Mecanismo da Taxa de Câmbio (MTC) e a união monetária, apesar dos frequentes surtos de intensa especulação financeira e do aumento inexorável do desemprego em toda a Europa durante seus anos de existência. Equipes de economistas atacam a antiga União Soviética, proclamando não apenas as virtudes, mas a necessidade absoluta de passar para um sistema de livre-mercado tão rápido quanto possível. Essas prescrições envolvem o estabelecimento de economias de mercado mais puras do que aquelas pretendidas por Ronald Reagan e Margaret Thatcher. Mas, apesar de os governos do antigo bloco soviético fazerem tudo que lhes é sugerido, sua situação econômica continua a piorar.” ORMEROD, P. *ibid.*

economistas na alegação e que a teoria econômica teria uma capacidade de compreender o mundo nunca vista antes.¹³⁵⁸

O autor destaca o domínio do debate político pela teoria econômica, e o crescente interesse da mídia e dos estudantes por temas econômicos¹³⁵⁹, destacando que a disciplina busca cada vez mais tentar constatar como o mundo funciona, e não como poderia funcionar, embora pouco do que se ensina nos livros didáticos seja verdadeiro¹³⁶⁰, fazendo coro com Galbraith, Veblen e outros.

Paul Ormerod demonstra através de um exemplo simples – a tentativa de explicação de que um operador do mercado financeiro ganhasse mais do que uma professora primária em função da operação da lei da demanda e da oferta – o quão falaciosas podem ser as explicações fornecidas pela teoria econômica convencional¹³⁶¹:

Na verdade, a economia ortodoxa é incapaz de responder a uma questão simples como essa a não ser recorrendo a definições de oferta, procura e preço que degeneram em tautologia. É transparente que, em relação ao nível da demanda, muito mais pessoas estão dispostas a oferecer seu trabalho aos mercados financeiros do que a se tornar professor, e, apesar disso, o preço do primeiro produto (o salário) é muitas vezes superior ao do segundo. É claro que a interação de oferta e procura pode afetar os preços, mas nem sempre a ponto de excluir outros fatores que também o influenciam.¹³⁶²⁻¹³⁶³

¹³⁵⁸ ORMEROD, P. *id.* p.14.

¹³⁵⁹ ORMEROD, P. *ibid.*

¹³⁶⁰ ORMEROD, P. *id.* pp. 14-15. “Existem fórmulas para construir pontes e, quando essas fórmulas são aplicadas na prática, as pontes em geral ficam em pé. O mesmo não se aplica à teoria econômica, mas apesar disso a confiança de seus fervorosos adeptos aumenta de forma impressionante. Como eles mesmos sem dúvida prefeririam dizer, para dar à descrição um autêntico clima matemático, ela cresce exponencialmente.” ORMEROD, P. *id.* p. 15.

¹³⁶¹ Aplicações da crítica vebleniana podem demonstrar que com relação a certos produtos e mercados a lei da demanda de Marshall, segundo a qual uma queda no preço implica um aumento na demanda, poderia mesmo ser invertida. Observa Buchholz que “em relação a algumas mercadorias, as ‘mercadorias de Veblen’, a demanda de um consumidor é determinada pelo uso da mercadoria e o preço que o consumidor pensa que as outras pessoas pensarão que ele pagou, o preço *conspícuo* esperado. Se o preço de mercado das bolsas Gucci cair de maneira que elas passem a estar disponíveis em qualquer loja de departamentos, nós podemos em breve ver menos bolsas Gucci sendo vendidas. Elas terão perdido o seu atrativo veblenescos.” BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 212.

¹³⁶² Especialmente quanto a este tema – mercado de trabalho – inúmeros fatores demonstram a existência de filtros e “tetos de vidro” institucionais que impedem o acesso de alguns a certas

Ormerod faz uma analogia entre o contraste do mundo real e a crença dos economistas ortodoxos em sua maneira de compreendê-lo com o conto intitulado “as roupas novas do imperador”, de Hans Christian Andersen (1805-1875), publicado em 1837.¹³⁶⁴

Reconhece este autor que tal afastamento da realidade não fora sempre o mesmo, posto que a Escola Clássica dos séculos XVIII e início do XIX promovera análises muito mais fundadas na realidade e envolvendo questões dotadas de importância prática.¹³⁶⁵

Outra questão importante quanto à definição dada à Economia a partir da síntese de Lionel Robbins (1898-1984) é que ela tornaria de tal modo ampla – ou vaga – a definição daquela Ciência que permitiria sua aplicação a campos demasiadamente afastados do econômico, tornando a Economia uma “ciência

posições mais valorizadas, prestigiosas e melhor remuneradas, que afetam severamente qualquer análise que se busque fazer a partir de uma dicotomia simplista de oferta e demanda que supostamente induziria a um preço de equilíbrio estabelecido automaticamente pelas forças de mercado.

¹³⁶³ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 17. Quanto ao preço, em lugar do preço de equilíbrio estabelecido pelas forças impessoais da oferta e da demanda na teoria convencional asséptica Veblen estabelece a noção de *preço conspícuo esperado*, ou seja, o preço que outros pensarão que alguém pagou, rendendo a este alguém satisfação conspícua ou ostentatória. Este conceito é chave para compreender a peculiar operação do mecanismo de preços quanto às “mercadorias de Veblen”. Observa Buchholz que “os produtores sabem que a inveja e a pressão da rivalidade forçam os consumidores a agir. Segundo Veblen e seus discípulos, os homens de negócios gastam mais tempo aumentando o preço conspícuo esperado de um produto do que aperfeiçoando a sua utilidade. Isso, argumentam os institucionalistas, é uma vergonha e uma perda de tempo e talento, resultando em propagandas enganosas para produtos inferiores.” BUCHHOLZ, T. *op. cit.* pp. 212-213.

¹³⁶⁴ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 19. Como é sabido, no referido conto um impostor se faz passar por alfaiate e convence o rei e a toda a corte que teria criado uma roupa excepcional para o monarca, mas que apenas os mais inteligentes conseguiriam vê-la, sendo necessária uma criança para revelar que o rei, em realidade, andava nu pelo palácio, enganado que fora pelo impostor.

¹³⁶⁵ ORMEROD, P. *ibid.* No mesmo sentido, questiona Robert Heilbroner: Podem os economistas convencionais explicar a existência ou a persistência teimosa da cauda superior da curva de Lorenz da distribuição de renda, apesar da tributação ‘progressiva’? Pode ela explicar por que o comércio internacional, cuja teoria promete que a troca trará benefícios a ambas as partes, resultou na polarização de um mundo altamente desenvolvido e outro altamente subdesenvolvido? Pode responder pela persistência da pobreza apesar dos efeitos supostamente curativos do crescimento? Receio que as respostas a estas perguntas seja não. HEILBRONER, R. apud LINDBECK, A. *op. cit.* pp. 177-178.

universal da atividade humana” e colocando os economistas frente a problemas que não seriam de seu domínio.¹³⁶⁶

Assim, verifica-se que a redução de escopo da Economia e a redefinição de seu objeto, assim como outros enviesamentos e opções ideológicas disfarçados sob roupagens teóricas e metodológicas significaram uma renúncia à utilidade, à capacidade explicativa e preditiva bem como ao realismo, em nome da conveniência, causando em grande medida a atual crise do pensamento econômico, denunciada por inúmeros autores desde Marx, Schmoller, Veblen e Galbraith até Buchholz, Heilbroner, Stiglitz e Sen, entre inúmeros outros.

Uma última questão relativa à concepção da Economia é a distinção sustentada por economistas como Milton Friedman e Georges Stigler entre Economia positiva e Economia normativa, calcada no pressuposto – ideológico – de que a primeira seria uma ciência objetiva, independente de qualquer posicionamento ético ou de juízos normativos.¹³⁶⁷

Do mesmo modo que o positivismo, a pretexto de garantir uma neutralidade axiológica ao saber científico, sustentara posições ideologicamente comprometidos em outros campos, como na Sociologia, a pretensão de neutralidade¹³⁶⁸, cientificidade e apoliticidade da Economia ortodoxa contemporânea – supostamente positiva – não se sustenta, como se vem demonstrando e se demonstrará ao longo deste capítulo.¹³⁶⁹

¹³⁶⁶ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 49. Essa questão está obviamente relacionada à extensão da análise econômica para fenômenos extramercado e seus problemas.

¹³⁶⁷ NUNES, A. J. A. *id.* p. 79.

¹³⁶⁸ Observando, com Avelãs Nunes e com base em Homa Katouzian, que a indiferença e a neutralidade é, em si mesma, uma posição moral e um juízo de valor. NUNES, A. J. A. *id.* p. 83. Como observa esse autor, com base em Heilbroner, a adoção do pressuposto da maximização implica a penetração de juízos de valor na teoria econômica. NUNES, A. J. A. *id.* p. 84.

¹³⁶⁹ NUNES, A. J. A. *id.* p. 78. Nunes observa a hipocrisia em se considerar como axiologicamente neutra e positiva uma "Ciência" que é prenhe de assunções como as de que o *melhor* caminho para o crescimento econômico é o mercado livre, a intervenção estatal é um *mal*, a inflação é um *mal pior* que o desemprego, entre outras. NUNES, A. J. A. *id.* p. 79.

3.1.2 Questões metodológicas

De se observar que assunções teóricas de base, como postulados e premissas, repercutem seriamente em questões metodológicas, assim como as inclinações ideológicas expressas ou ocultas.

Estratégias metodológicas, por sua vez, podem ser utilizadas para conduzir pesquisas científicas em direção a determinado resultado, desviando outros menos convenientes.¹³⁷⁰

Questões metodológicas aparentemente de menor importância revelam no campo econômico toda sua potencialidade para alterar os resultados de pesquisas e teorizações, induzir a resultados preestabelecidos, distorcer a compreensão acerca da realidade dos fenômenos e, ao longo do tempo, assentar as crenças sobre as quais se funda o saber convencional no mesmo.

Assim como a redução de escopo da Economia operada a partir do marginalismo-subjetivismo faz com que aspectos essenciais dos fenômenos econômicos sejam ocultados¹³⁷¹, questões metodológicas proporcionaram efeitos semelhantes por via diversa.

Do mesmo modo, a renúncia do método histórico e do método indutivo em nome do método abstrato e dedutivo contribuiu mais e mais para o afastamento das

¹³⁷⁰ Trata-se das denominadas derivações paretianas, consistentes em teorizações tendenciosamente concebidas com vistas a dar vazão aos valores e à visão de mundo do autor sob aparente neutralidade.

¹³⁷¹ Exemplificativamente: no mundo de abstração criado pela concepção de Ciência Econômica como ciência alocativa em um mundo de escassez fica fácil presumir que a origem de todo o valor é subjetiva, abstraindo-se a origem real histórica de boa parte do valor econômico a partir do trabalho assalariado e de todos os problemas políticos, morais e sociais que o envolvem. Também a renúncia à análise do substrato material da produção – recursos naturais – expõe as limitações da teoria econômica convencional em lidar com problemas relativos aos custos da degradação ambiental, como evidencia, entre outros, Ignacy Sachs. Veja-se SACHS, I. **Rumo à Ecossocioeconomia: teoria de prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007.

teorias econômicas relativamente à realidade¹³⁷² social, política e mesmo econômica.¹³⁷³

Nota-se, assim, uma complementaridade entre os desenvolvimentos metodológicos como o emprego intensivo do instrumental matemático e as opções relativas ao objeto da Economia, notadamente a redução de seu escopo.

Como ensina Ormerod, as teorizações de Walras, representativas da nova tendência surgida no final do século XIX, além de proporcionar um modelo supostamente aplicável a toda e qualquer sistema econômico, faziam com que desaparecessem questões comuns nos clássicos, como as flutuações da economia e o desemprego.¹³⁷⁴

O uso crescente da abstração revela-se de maneira muito aguda no advento da economia matemática, com o uso intensivo da matemática e dos métodos econométricos.¹³⁷⁵ Com efeito, o desenvolvimento deste campo permite uma abstração cada vez maior e uma referibilidade ao real cada vez menor.¹³⁷⁶

Como ensina Paul Ormerod, atualmente o prestígio de pesquisas puramente teóricas prepondera em face de estudos empíricos no campo científico em questão, pressupondo-se no saber econômico convencional que a teoria pura descreva

¹³⁷² Keynes na Teoria Geral: “Aparentemente, depois de Malthus, os economistas profissionais ficaram insensíveis diante da falta de conformidade entre os resultados de sua teoria e dos fatos observados (...)” KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 34.

¹³⁷³ Como ensina Avelãs Nunes, “hoje não falta quem defenda que, graças ao desenvolvimento da ciência económica e graças a uma certa *crise* que a atravessa, a maioria dos economistas faz coisas que pouco têm a ver com as preocupações correntes das pessoas de carne e osso. Talvez estejamos longe, e talvez estejamos mesmo a afastar-nos, afinal, da concretização do maior desejo de Marshall, manifestado em 1885 na lição inaugural da sua cátedra de Cambridge: o de enviar os seus estudantes para a vida ‘com cabeças frias mas com corações quentes’, ‘com capacidade para atenuarem os sofrimentos sociais que os rodeiam.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 7.

¹³⁷⁴ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 53.

¹³⁷⁵ Assar Lindbeck refere-se à crítica realizada exatamente com relação a este ponto pela Nova Esquerda. LINDBECK, A. *op. cit.* p. 46. Ensina Ormerod que a utilização da matemática nos estudos de economia, além de denotar autoridade e precisão científica, “num nível mais sutil (...) oculta as implicações de muitos pressupostos assumidos rotineiramente pelo trabalho profissional.” ORMEROD, P. *op. cit.* p.55.

¹³⁷⁶ Isso é verdadeiro a ponto de o próprio Alfred Marshall ter manifestado reservas quanto ao uso das ferramentas matemáticas no âmbito da Economia.

corretamente o funcionamento do mundo sem necessidade do recurso a testes empíricos.¹³⁷⁷

Tal crença pode ser bastante conveniente. A razão é bastante óbvia, pois como observa Robert Heilbroner, muitos são os fenômenos empíricos que simplesmente não são passíveis de explicação a partir do aparato teórico e metodológico da Economia, não raro infirmando completamente as teorizações do saber convencional.¹³⁷⁸

A célebre *Methodenstreit* ou batalha dos métodos travada entre Schmoller e Menger¹³⁷⁹ é sugestiva acerca do quanto questões em aparência puramente metodológicas podem ser intrinsecamente conexas a questões ideológicas no saber em geral e, particularmente, no campo do saber econômico.¹³⁸⁰

Quanto ao ponto, Carl Assar Lindbeck, analisando o pensamento da Nova Esquerda (*New Left*) sobre a ortodoxia econômica, afirma que sua “crítica pode ser interpretada em parte como um pedido de mais pesquisa interdisciplinar – pedido esse que provavelmente faz sentido. Certas vezes ele está combinado com um revolta metodológica contra a economia técnica, incluindo o uso da matemática e dos métodos econométricos.”¹³⁸¹

¹³⁷⁷ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 31. Ensina este autor que “muitos economistas teóricos de hoje fazem lembrar a comédia da Restauração de Shadwell, *The Virtuoso*, de 1676. O Virtuoso, um eminente teórico especializado em quase tudo o que se move, é considerado, por exemplo, o maior nadador do mundo. Mas ele nunca entra realmente na água. Simplesmente se deixa numa mesa e imita com perfeição os movimentos de uma rã pendurada num fio à sua frente. Ao menos o Virtuoso, ao observar a rã, tem o mérito de deixar que a realidade empírica de certo modo o influencie.” ORMEROD, P. *Id.* p. 32.

¹³⁷⁸ Ilustração maior encontra-se na insistência sobre o liberalismo e o postulado do equilíbrio geral e do caráter autorregulador do sistema econômico, a despeito das repetidas crises econômicas ao longo de toda a história econômica do capitalismo.

¹³⁷⁹ Como é sabido trata-se de debate teórico importante entre Carl Menger e Gustav Schmoller, representantes respectivamente da Escola Austríaca marginalista e da Escola Histórica Alemã, episódio histórico no qual o primeiro defendia o método abstrato e dedutivo e o segundo defendia a superioridade do método histórico e indutivo. BRUE, S. L. *op. cit.* p. 205; FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 398 e ss.

¹³⁸⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 78.

¹³⁸¹ LINDBECK, A. *op. cit.* p. 46. É interessante observar certa herança entre o institucionalismo e a Nova Esquerda. Segundo Todd Buchholz, Thorstein Veblen influencia o pensamento de Charles Wright Mills (1916-1962) e este, por sua vez, o movimento da *New Left*. BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 217.

A despeito das advertências de Alfred Marshall sobre o uso da matemática e a utilidade e inteligibilidade das teorizações na Economia¹³⁸², observa Ormerod a existência uma verdadeira apologia contemporânea ao esoterismo:

No seio da economia acadêmica desenvolveu-se uma cultura interna que faz muitos elogios a irrelevâncias esotéricas. Apesar da ênfase, em alguns dos melhores trabalhos que estão sendo feitos agora, principalmente nos Estados Unidos, no confronto da teoria com a evidência empírica, o trabalho aplicado, envolvendo o teste empírico das teorias, em contraste com a pura pesquisa teórica, tem um status relativamente baixo.¹³⁸³

Observa Ormerod que as mudanças ocorridas no estudo da Economia ao longo do século XIX e que perduram até os dias atuais criam um método ávido por precisão matemática na busca do status e do prestígio das ciências exatas¹³⁸⁴, sendo que no âmbito da Biologia, da Química e da Física a visão mecanicista de mundo é abandonada ao longo da década de 90.¹³⁸⁵ No entanto, como observa este mesmo autor,

Em geral, é somente pela tentativa de descrever um fenômeno observado por meio de um modelo teórico, seguida da verificação mais completa possível de sua relevância empírica, que pode haver progresso científico. Quanto maior o número de situações às quais o modelo pode ser aplicado com êxito, maior a confiança na teoria e o respeito que ela conquista.¹³⁸⁶

¹³⁸² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 93.

¹³⁸³ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 31. Avelãs Nunes considera que "o mais grave é que a pretensa 'revolução matemática' na Economia acabou em inversão ou 'subversão' de papéis: em vez de ser o objecto da ciência económica a condicionar as técnicas utilizadas, foi a técnica matemática que acabou por condicionar a substancia e o conteúdo da análise económica e do conhecimento económico, percorrendo caminhos que têm semeado a desilusão, às vezes de forma dramática, em grande número de economistas que utilizam a matemática, incluindo alguns dos mais ilustres." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 96.

¹³⁸⁴ William Stanley Jevons, ao abordar a questão do método na Economia, após rechaçar o método histórico, chega a afirmar: "não hesito em dizer, também, que a Economia pode ser gradualmente elevada à condição de ciência exata, desde que as estatísticas comerciais sejam bem mais completas e exatas do que são no presente, de sorte que a doutrina possa ser dotada com um sentido por meio do auxílio dos dados numéricos." JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 58.

¹³⁸⁵ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 20. No mesmo sentido NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 78. Jevons, por sua vez, sustenta que "é claro que, se a Economia deve ser, em absoluto, uma ciência, deve ser uma ciência matemática." JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 48.

¹³⁸⁶ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 32.

Parece plausível endossar com Ormerod e outros a imprescindibilidade de uma integração de diversas abordagens metodológicas na busca da compreensão de fenômenos complexos, como os econômicos, complementando-se os estudos teóricos dedutivos com estudos empíricos e outros que auxiliem na compreensão do objeto de estudos de maneira confiável.

Não apenas os estudos exclusivamente teóricos em detrimento dos estudos empíricos constituem uma fraqueza da Economia em termos descritivos, explicativos e preditivos, mas também seu isolamento relativamente a outros campos do saber. Com efeito, à exceção de alguns economistas como Gunnar Myrdal (1898-1987), verifica-se uma imensa carência de estudos integrados envolvendo fatores econômicos, sociais e políticos.¹³⁸⁷

Também a prevalência da análise microeconômica em detrimento da análise macroeconômica constitui aspecto relevante no que diz respeito ao enviesamento metodológico da ortodoxia econômica contemporânea e de seus problemas cognoscitivos e preditivos.¹³⁸⁸

Esta prevalência relaciona-se diretamente à redução de escopo analisada no item precedente e à conseqüente redefinição de seu programa epistemológico, quando passa a ser compreendida apenas como teoria do comportamento racional na alocação maximizadora de recursos escassos entre finalidades disjuntivas.

A renúncia à utilização da macroeconomia, dos grandes agregados, de estudos empíricos quantitativos, entre outras questões, constituem outra fragilidade flagrante da *mainstream Economics*.

¹³⁸⁷ LINDBECK, A. *op. cit.* p. 47.

¹³⁸⁸ Como ensina Avelãs Nunes, uma das conclusões da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO sobre a Economia fora a de que a massa de desempregados e os recursos não utilizados durante a Grande Depressão da década de 1930 teriam levado à compreensão de que a teoria econômica convencional excluía do campo os problemas econômicos mais importantes e que "os microinstrumentos da 'lógica da escolha' eram totalmente inadequados para a análise dos problemas que então se punham à sociedade." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 56.

Assim, em síntese conclusiva do presente item, parece seguro afirmar que as questões metodológicas no campo da Economia reclamam reparos com vistas a aumentar sua fidedignidade e sua capacidade explicativa e preditiva.

Alguns dos caminhos mais óbvios para tanto consistiriam na complementação das teorizações e seu confronto com evidência empírica, por um lado, e por outro, com a instauração de um diálogo interdisciplinar ou transdisciplinar com ciências como a Antropologia, a Sociologia, a Ciência Política, além da valorização da abordagem macroeconômica.

3.1.3 O pressuposto do equilíbrio e a questão da intervenção do Estado na ordem econômica

Embora as questões referentes ao objeto da Ciência Econômica e de sua metodologia sejam de extrema importância, talvez em nenhum outro campo a as opções da ortodoxia evidenciem tão nitidamente seus traços ideológicos e nem um pouco axiologicamente neutros do que na questão acerca do papel adequado da intervenção do Estado na ordem social e econômica.¹³⁸⁹

Aqui uma continuidade da maior relevância torna possível falar em uma tradição ortodoxa no pensamento econômico entre variadas Escolas, traduzida no liberalismo econômico e na crença do caráter autorregulador do mercado que remonta no mínimo à Escola Clássica¹³⁹⁰, e que se torna mais aguda sob o marginalismo e sob o "novo-classicismo".¹³⁹¹

¹³⁸⁹ Um ponto de evidência quanto ao particular era a insistência no absentismo estatal sustentada pela ortodoxia mesmo perante taxas elevadas de desemprego, duramente criticadas e combatidas por Keynes. ORMEROD, P. *op. cit.* pp. 30-31. Ormerod faz referência ainda, neste campo, ao célebre debate entre Keynes e os economistas monetaristas. ORMEROD, P. *id.* p. 59.

¹³⁹⁰ Recordando que o liberalismo já se encontrava presente nos fisiocratas. Como evidencia Avelãs Nunes, a defesa do individualismo e do equilíbrio assenta-se em um otimismo antropológico que substitui a visão hobbesiana de homem e que permite à classe burguesa afirmar que seus

Um papel primordial nesta seara é reservado a metáforas como a da “mão invisível” de Smith e a construtos teóricos como o da *Lei de Say*, sob a égide da Escola Clássica, ou ainda o pressuposto do equilíbrio geral, sob o marginalismo-subjetivismo.¹³⁹²

A despeito dos problemas e das evidências contrárias à “mão invisível”, o mesmo argumento, sob outras roupagens teóricas, permaneceu vivo no pensamento econômico ortodoxo¹³⁹³, através do pressuposto do equilíbrio geral da economia, consistindo um baluarte nas mãos daqueles interessados em sustentar um estado “minarquista” e abstêmio em termos de intervenção na economia.¹³⁹⁴

A ideia da ordem econômica como autorreguladora, autoajustável e independente de intervenção da autoridade política tem suas origens inextricavelmente vinculada com o declínio do feudalismo e do sistema mercantilista, sistemas marcados por forte intervencionismo, e com a ascensão da

interesses coincidem com os da sociedade como um todo. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 14.

¹³⁹¹ No entanto, como é sabido, há importantes diferenças de grau entre os diferentes liberalismos de direita, que variam desde visões clássicas que identificavam as funções essenciais do Estado (segurança externa, polícia, tribunais e algumas obras de infra-estrutura) até tendências ultraliberais contemporâneas que chegam ao libertarismo de Robert Nozick e ao anarcocapitalismo de David Friedman, pregando a privatização inclusive de tais funções. Sob a égide da Escola Clássica, no entanto, ninguém menos do que Smith reconhecia a necessidade de intervenção estatal não só no que diz respeito ao enfrentamento de problemas como o monopólio, as também relativamente à qualidade de vida dos operários, de maneira bastante diferente dos autores posteriores integrantes da ortodoxia. ORMEROD, P. *op. cit.* p. 24.

¹³⁹² A questão está vinculada, evidentemente, à ideia de existirem leis naturais que regulariam a sociedade econômica ou sociedade civil, passíveis de descoberta. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* pp. 10-11. Como observa esta autor mais adiante “A *revolução burguesa* é também a revolução racionalista, intimamente associada à revolução científica e ao método científico moderno introduzido por Bacon e Descartes. Os filósofos do séc. XVIII abandonaram a concepção religiosa do mundo, da vida e das relações sociais, substituindo-a pelo conceito de *ordem natural* e proclamando um mundo de harmonia e de justiça (lei natural=lei moral) governado por *leis naturais*, tão rigorosas como as da Física.” NUNES, A. J. A. *id.* p. 11.

¹³⁹³ Como observa António José Avelãs Nunes, o marginalismo adota a perspectiva da utilização dos recursos existentes pressupondo sua utilização ótima de todos os recursos e negligenciando a possibilidade de sub-utilização ou não-utilização, assunções estas que redundam na concepção do equilíbrio, desconsiderando a questão dos desejos e necessidades não satisfeitos. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* pp. 55-56.

¹³⁹⁴ Embora uma justificativa para a abordagem centrada no pressuposto do equilíbrio geral seja sua maior simplicidade e portanto mais fácil utilização e ensino, a Nova Esquerda realizou crítica importante à Economia convencional em função da adoção de tal abordagem, que considera tendenciosa. LINDBECK, A. *op. cit.* p. 48.

burguesia em termos sociais, econômicos e políticos, cujos interesses coincidiam com a liberalização sustentada com base teórica na referida concepção.¹³⁹⁵

Tal origem, por si só, bastaria para evidenciar o viés ideológico do liberalismo econômico que inspira as teorizações no sentido de tal suposto caráter autorregulador ou autoajustável da economia.¹³⁹⁶

Outros fatos históricos corroboram a parcialidade da orientação em dito sentido, a saber, a origem de tal orientação na Inglaterra do final do século XVIII e início do século XIX, então potência econômica dominante, pois, como denunciado pela Escola Histórica Alemã, o liberalismo defendido pelos ingleses principalmente a eles interessava.¹³⁹⁷

Ensina António José Avelãs Nunes que a não intervenção estatal nada mais é do que uma das várias formas de o Estado capitalista possibilitar o funcionamento do modo de produção correlato e a manutenção de suas estruturas sociais.¹³⁹⁸

As novas tendências marginalistas-subjetivistas também teriam tido sucesso, segundo Ormerod, em parte em função de suas funções ideológicas, pois

¹³⁹⁵ Note-se que tal contextualização histórica revela-se essencial para compreender o diferente significado da ênfase no liberalismo por parte de autores do século XVIII e por autores contemporâneos. Como ensina António José Avelãs Nunes, o conceito de *ordem natural* contrapunha-se ao Antigo Regime autoritário, discriminatório e regulamentador, e foi neste contexto que se afirmou que o direito natural à liberdade asseguraria, através da ordem econômica, os melhores resultados para a comunidade. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 12.

¹³⁹⁶ Avelãs Nunes sustenta que o surgimento da Economia dá-se juntamente com o advento do capitalismo, no século XVIII. NUNES, A. J. A. *id.* pp. 8-9. Como observa Paul Ormerod, Keynes “desprezava a teoria econômica ortodoxa, apesar de sua preocupação em analisar o funcionamento dos mercados, pois achava que essa teoria representava uma visão seriamente enganosa do modo como as economias de mercado do Ocidente de fato funcionavam.” ORMEROD, P. *op. cit.* p. 31.

¹³⁹⁷ Como observa Avelãs Nunes, Oskar Lange (1904-1965) denunciava a dissimulação de interesses de classe contrapostos inerentes às relações de produção de tipo capitalista sob a enganosa representação do sistema de trocas capitalista como um conjunto harmonioso que beneficiaria a todas as classes sociais. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 57.

¹³⁹⁸ NUNES, A. J. A. *id.* p. 70.

sustentavam uma visão de superioridade relativamente às economias de livre-mercado.¹³⁹⁹

A despeito do dogma do caráter autorregulador persistentemente afirmado por razões ideológicas, muita evidência empírica o infirmou ao longo do tempo, encontrando-se a História repleta de exemplos.¹⁴⁰⁰ Com efeito, desde o século XIX as crises econômicas ocorreram com uma regularidade formidável, como demonstraram alguns economistas, embora tenham ficado registradas mais marcadamente na história apenas as mais intensas, como a iniciada no ano de 1929¹⁴⁰¹ e a iniciada no ano de 2008.¹⁴⁰²

A recorrência das crises no capitalismo parece infirmar fortemente as teses liberais no sentido da “mão invisível” e no sentido de que o mercado conseguiria, por si só, produzir os melhores resultados sociais possíveis. Contrariamente, no particular, parecia assistir maior razão às teses marxianas no sentido das crises cíclicas do sistema capitalista, bem como as teses keynesianas no sentido da regulação necessária do mercado.

Observa Paul Ormerod que taxas elevadas de desemprego levaram os Estados Unidos ao *New Deal* e a Alemanha e a Itália ao nazismo e fascismo, o que,

¹³⁹⁹ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 57. “Afirmava-se que quanto menos interferência do governo houvesse na administração da economia e da sociedade, mais próxima a economia real estaria do ideal teórico do livre-mercado e, assim, mais eficiente ela seria.” ORMEROD, P. *id.* pp. 57-58.

¹⁴⁰⁰ Segundo Nunes, desde a década de 30 do século passado a teoria econômica vem se apercebendo dos diferentes níveis de liberdade de mercado e dos fenômenos relativos ao poder de mercado. Assim, exemplificativamente, Joan Robinson (1903-1983) elaborou a teoria da concorrência imperfeita e Edward Chamberlin (1899-1967) a teoria da concorrência monopolista. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 61.

¹⁴⁰¹ Avelãs Nunes observa que, paradoxalmente, o ensaio de Lionel Robbins em que ele associa a natureza da Economia à lei de escassez foi publicado no ano de 1932, em plena crise de sobreprodução, falências e desemprego. Nas palavras deste autor, “esta circunstância é por vezes apontada como sinal da incapacidade da ‘ciência econômica’ assim entendida de compreender a lógica de funcionamento do capitalismo e de diagnosticar, explicar e ajudar a resolver os problemas que ele coloca.” NUNES, A. J. A. *id.* p. 56.

¹⁴⁰² Joseph Stiglitz, ex-economista chefe do Banco Mundial afirma terem ocorrido nada menos do que 124 crises entre 1970 e 2007. STIGLITZ, J. **Freefall: free markets and the sinking of the global economy.** New York: Penguin/Allen Lane, 2010, p. xiv.

segundo o autor, lançaria dúvidas severas acerca da validade da teoria econômica do livre-mercado.¹⁴⁰³

Ademais, o mesmo autor observa que o modelo do equilíbrio geral competitivo, apesar de ainda predominante intelectualmente, não representa com fidelidade razoável as economias ocidentais e caricaturiza a realidade, por abstrações e simplificações.¹⁴⁰⁴

As contradições das doutrinas do liberalismo – seja antigo, seja "novo" – evidenciaram-se após as crises, como em 2008, através da forte intervenção estatal no sentido de buscar salvaguardar a economia – leia-se, as instituições financeiras e parte do empresariado, através de empréstimos e estatizações.

Outro fruto do liberalismo ao longo do século XIX fora o surgimento de oligopólios e monopólios, causa do advento de todo um ramo do direito voltado à regulação da concorrência, o que também constitui forte argumento contrário ao *laissez-faire*.¹⁴⁰⁵

Há que se observar a existência de um vínculo entre a ideia de retornos marginais decrescentes e pressuposições irrealistas que induzem à profissão de fé no mercado. Lembra Ormerod os fundamentos da noção basilar do marginalismo:

Nessa teoria, não se supõe que todos precisem derivar a mesma quantidade de utilidade de um determinado conjunto de bens e serviços que seriam consumidos. Na verdade, cada um pode ter preferências bem diferentes. Mas se considerava evidente por si mesmo que, quanto mais um indivíduo consumisse um determinado produto, menor seria a quantidade adicional de utilidade que derivaria ao consumir maiores quantidades do mesmo produto. (...) Na fase de desenvolvimento da teoria econômica marginalista supunha-se que todo indivíduo faria cálculos racionais e

¹⁴⁰³ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 59. Reconhece o autor, no entanto, que “apesar dessas dificuldades, levantadas pela experiência real das economias ocidentais, a teoria do equilíbrio competitivo continuou dominando os estudos de economia.” ORMEROD, P. *ibid.*

¹⁴⁰⁴ ORMEROD, P. *id.* p. 60: “O mundo não consiste, por exemplo, em um número enorme de pequenas empresas, nenhuma delas tendo controle algum sobre o mercado em que opera. As pequenas empresas podem estar em voga nos dias de hoje, mas são as grandes companhias multinacionais como a Ford, a BP [*British Petroleum*] e a Sony que dominam a economia mundial. É completamente ilegítimo vincular o modelo ao sucesso observado nas economias de mercado do Ocidente.” ORMEROD, P. *ibid.*

¹⁴⁰⁵ Avelãs Nunes reconhece que a defesa do mercado e da regulação automática da economia contra a intervenção estatal não se restringe ao campo técnico, antes baseia-se em uma concepção filosófica liberal sobre o mercado. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 69.

consumiria qualquer produto em particular em tal quantidade que a utilidade derivada do consumo de sua unidade final – a utilidade marginal – seria igual ao custo da obtenção dessa unidade.¹⁴⁰⁶

Assim, hipoteticamente, a compra de um segundo carro para a família representaria um acréscimo menor de utilidade do que a compra do primeiro. Nada obstante a plausibilidade da teoria dos retornos decrescentes, Ormerod evidencia suas limitações, ao exemplificar que relativamente a certas famílias a compra de um terceiro carro, e.g., poderia proporcionar utilidade ainda maior do que a do segundo ou do primeiro, em termos de exibição da riqueza ou outros fatores. O consumo conspícuo – tão teorizado por Galbraith e, antes dele, por Veblen – poderia demonstrar a completa inversão da pressuposição da utilidade decrescente.¹⁴⁰⁷

Quanto às empresas, a ortodoxia presumia retornos decrescentes relativamente ao aumento da produção, de modo que a produção das empresas avançaria apenas até o ponto em que o retorno marginal fosse igual ao custo marginal de produção.¹⁴⁰⁸

No entanto, uma vez mais, verifica-se certo caráter tendencioso, pois tal visão induz à compreensão de que haveria uma natural limitação ao tamanho de empresas e processos de produção.¹⁴⁰⁹

Outro aspecto do marginalismo igualmente criticável devido a seu caráter irreal é a suposição de um mundo composto por pequenas empresas, produzindo artigos idênticos, entre outros.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰⁶ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 61.

¹⁴⁰⁷ ORMEROD, P. *id.* p. 62.

¹⁴⁰⁸ ORMEROD, P. *id.* p. 63.

¹⁴⁰⁹ “Se, à medida que a escala de operações aumentasse, uma quantidade cada vez menor fosse produzida com o uso de insumos extras, haveria pouco incentivo para criar grandes fábricas.” Observa o autor que tal modelo “supunha, por exemplo (...) que as técnicas de produção em massa de automóveis nunca tivessem sido inventadas.” Para ele, arremata, “Henry Ford nunca existiu”. ORMEROD, P. *ibid.*

¹⁴¹⁰ ORMEROD, P. *id.* pp. 63-64. “Em outras palavras, é como se todos os vinhedos e todos os claretes produzidos na França fossem exatamente iguais.” ORMEROD, P. *id.* p. 64. Na obra *A Sociedade Afluente*, Galbraith evidencia ao tratar do conceito de saber convencional: “O primeiro requisito para se compreender a vida econômica e social contemporânea é uma visão clara da relação entre os acontecimentos e as idéias que os interpretam. Pois cada uma delas possui

Observa Ormerod a contradição entre a teoria e a prática econômica, pois no momento em que as teorias marginalistas dos retornos marginais decrescentes passavam a dominar a academia nos Estados Unidos verificava-se o avanço no sentido do domínio da economia mundial a partir da exploração de rendimentos crescentes maciços e sem precedentes, proporcionados exatamente pela escala da produção e da distribuição que sua economia em expansão acelerada lhe permitia.¹⁴¹¹

O período do capitalismo monopolista deixou claro a existência de agentes econômicos que longe de serem *price-takers*, conforme a teoria padrão, revelam-se *price-makers*. Segundo Avelãs Nunes, "a *mão invisível* do mercado foi substituída pela *mão (muito) visível* das grandes empresas 'monopolistas', dos cartéis internacionais, dos poderosos conglomerados transnacionais, das grandes empresas públicas, do estado e suas agências."¹⁴¹²

Após a superação da economia britânica pela norteamericana, "em contraposição aos preceitos da economia marginalista, as empresas descobriram que, quanto mais produzissem, mais lucrariam com a utilidade marginal adicional de produção."¹⁴¹³

Como observa Ormerod, em função das pressões sociais pela redução dos preços dos artigos manufaturados criaram-se associações de fabricantes, com vistas a controlar e organizar os mercados e manter os preços elevados.

uma vida própria e, por mais que isso possa parecer uma contradição em termos, cada uma delas é capaz de seguir um caminho independente por um período considerável de tempo." GALBRAITH, J. K. **A Sociedade afluyente** *cit.* p. 6.

¹⁴¹¹ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 64. Iniciava-se do domínio de grandes empresas como Quaker, Campbell, Heinz, Eastman Kodak, AT&T, Singer, Westinghouse, entre outras. ORMEROD, P. *id.*, pp. 64-65.

¹⁴¹² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 61.

¹⁴¹³ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 65. Observa o autor que avanços tecnológicos especialmente no campo do transporte – estradas de ferro – e comunicações – telégrafo – revelaram-se cruciais para a o novo modelo de progresso econômico. *Id.* pp. 65-66. Com efeito, a economia contemporânea não é passível de adequada compreensão sem um estudo minudente do fenômeno da globalização econômica, proporcionada exatamente por avanços nos campos do transporte e das comunicações. Sobre o tema remete-se, por todos, a LIMA, A. L. C. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 e a STIGLITZ, J. **Globalização: como dar certo**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Em reação a isso, em 1890 o Congresso norte-americano aprovou o *Sherman Act*, a famosa lei antitruste, tendo os industriais reagido com outra estratégia, a saber, buscar o domínio dos mercados através de fusões e aquisições.¹⁴¹⁴

Todas essas evidências revelam o quão pouco verossímil se revela o postulado do caráter autorregulador do mercado quando contraposto à evidência empírica – razão da ênfase em estudos teóricos e abstratos já referida.

O Institucionalismo, através de Thorstein Veblen e outros, critica a ideia de equilíbrio que informa o saber convencional, segundo sua visão “o equilíbrio não existe; a economia muda sempre” e “o equilíbrio é uma fantasia de economistas que não vivem no mundo real.”¹⁴¹⁵

Na linha da economia institucionalista, também John Kenneth Galbraith revela-se forte crítico de concepções convencionais pouco realistas, especialmente as relativas à concepção de concorrência subjacente ao pensamento neoclássico. Galbraith, nas palavras de Buchholz, coloca as concepções marginalistas na mesma categoria que as crenças em “Papai Noel” e “Branca de Neve”.¹⁴¹⁶

O economista canadense tem uma visão pessimista do futuro caso não sejam adotados princípios do socialismo democrático e o Estado não promova o

¹⁴¹⁴ ORMEROD, P. *op. cit.* pp. 66-67. Segundo Ormerod, “o movimento de fusão e compra por volta da virada do século alcançou uma escala extraordinária e assentou os alicerces da supremacia econômica dos Estados Unidos. Foram criadas companhias gigantescas, que deram mais oportunidade ainda para que uma administração eficiente obtivesse ganhos maiores a partir dos retornos crescentes tornados possíveis pela produção em escala.” ORMEROD, P. *id.* p. 67.

¹⁴¹⁵ BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 206.

¹⁴¹⁶ BUCHHOLZ, T. *id.* p. 218. “Somente os anões intelectuais que não conseguiam enxergar acima do peitoral das janelas negariam o terrível poder da General Motors, insistia Galbraith. Como alguém podia ainda acreditar no mito chamado ‘soberania do consumidor’, em que os consumidores determinam o que as empresas subservientes irão produzir? Galbraith argumenta que a relação entre causa e efeito trabalha na direção inversa, que as empresas moldam os consumidores para servir às suas necessidades de venda.” BUCHHOLZ, T. *ibid.* Com efeito um âmbito central das teorizações de Galbraith será a questão da manipulação dos desejos do consumidor pela propaganda. *Id.* pp. 218-219. Como observa António Avelãs Nunes, o mito da soberania do consumidor presta-se também à legitimação dos resultados da operação das economias de livre-mercado no que diz respeito à distribuição da riqueza e da renda. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 63.

planejamento econômico¹⁴¹⁷, chocando-se frontalmente contra o credo dos economistas convencionais.

Um dos conceitos rechaçados por Galbraith, entre outros, é o da soberania do consumidor¹⁴¹⁸, que Avelãs Nunes considera um reflexo do "mito liberal do contratualismo", redutora da vida social a relações contratuais livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos.¹⁴¹⁹

Nunes evidencia a crítica baseada na noção de sociedade de consumo, segundo a qual as supostas necessidades não passam de pretextos para vender o que é produzido – fabricam-se desejos –, intimamente relacionada às questões relativas à moda, à publicidade e a outros fatores análogos.¹⁴²⁰ Também a Nova Esquerda endereçou fortes críticas aos sistemas de mercado, que concebe como primitivos, ineficientes, caóticos, antissociais, injustos e imorais.¹⁴²¹

Mesmo reconhecendo ser quase impossível tarefa de se planificar centralizadamente a economia¹⁴²², de se observar que o reconhecimento do mercado como uma instituição necessária não implica *ipso facto* considerá-lo perfeito e insuscetível de aperfeiçoamento, regulação e limitações.

¹⁴¹⁷ BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 219. Galbraith prognostica desemprego e poluição crescentes, e critica o comércio de "bugigangas". Na visão de Buchholz, "a ressalva de Galbraith atinge o centro nervoso da economia neoclássica. Se ele expõe a análise da utilidade marginal como sendo tão impotente quanto o Mágico de Oz, Marshall se mostra um Espantalho sem cérebro." BUCHHOLZ, T. *id.* pp. 219-220.

¹⁴¹⁸ Segundo Avelãs Nunes, para Galbraith "a soberania do consumidor só existe no' mundo dos livros de texto' da *mainstream economics*." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 65. Em lugar de tal conceito, o economista canadense propõe a de *soberania do produtor*, haja vista o poder de mercado e mesmo o poder político das grandes organizações produtivas. NUNES, A. J. A. *id.* pp. 65-66.

¹⁴¹⁹ NUNES, A. J. A. *id.* pp. 62-63. Nunes recorda que Joan Robinson chamara a atenção para a inconsistência do dogma da soberania do consumidor em face do problema da distribuição do poder de compra entre a população. NUNES, A. J. A. *id.* p. 65.

¹⁴²⁰ NUNES, A. J. A. *id.* p. 63.

¹⁴²¹ LINDBECK, A. *op. cit.* p. 54. Embora seja necessário consignar que boa parte dos integrantes do movimento também rechaçasse a burocracia, como faz o autor. LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁴²² LINDBECK, A. *id.* pp. 54 e ss. Como observa o autor faz-se necessário algum mecanismo que possibilite obter informações sobre preferências, alocar recursos em diferentes setores de acordo com tais preferências, optar por técnicas de produção, criar incentivos para a economia de recursos e também para coordenar as decisões de milhões de empresas e famílias. LINDBECK, A. *id.* p. 55.

Em outras palavras, recusar a planificação ao estilo do “socialismo real” não implica aceitar sem reservas o “capitalismo real”, e tampouco que seja impossível qualquer planejamento – e não necessariamente planificação, conceitos que parecem irreduzíveis um ao outro –, ou, ainda, que o mercado seja insuscetível de limitações em nome de outros valores ou fins sociais. Afirma Lindbeck que

Na crítica da Nova Esquerda ao sistema de mercado, as falhas bem conhecidas deste são, naturalmente, também acentuadas: a incapacidade de um sistema de mercado, não ajudado pela política econômica, de alcançar estabilidade econômica (pleno emprego e preços estáveis); sua incapacidade de garantir automaticamente a segurança social e uma distribuição aceitável da renda, riqueza e poder econômico; sua incapacidade de fornecer artigos coletivos e de cuidar das exterioridades [*in recto*: externalidades] tais como os vários tipos de poluição sem políticas deliberadas do governo, e assim por diante.¹⁴²³⁻¹⁴²⁴

Um dilema próximo àquele relativo à preferência por mecanismos de mercado ou mecanismos administrativos é aquele que envolve a oposição entre centralização e descentralização. Lindbeck observa que o mercado pode ser compreendido exatamente como método de se atingir descentralização nos sistemas econômicos, coordenando as decisões neste campo.¹⁴²⁵

A defesa do sistema econômico descentralizado de mercado pelos economistas possui, entre outros fundamentos, os altos custos de coleta e processamento de informações nos sistemas centralizados.¹⁴²⁶

Observa Lindbeck que os problemas envolvendo a centralização assolam tanto os sistemas sem mercado, também denominadas de economias de comando,

¹⁴²³ LINDBECK, A. *id.* p. 67.

¹⁴²⁴ Robert Heilbroner sustenta que a oposição mercado/burocracia não seria necessariamente uma oposição do tipo “ou-ou”: “O modo de produção e distribuição nas sociedades primitivas é regulado por uma auto-disciplina internalizada e chamada *tradição*; e é perfeitamente possível que alguma forma de socialismo comunitário possa se apoiar no mesmo mecanismo no futuro. Na verdade, como diz Samuelson em seu preâmbulo, o ‘kibbutz utópico auto-suficiente’ é uma alternativa tanto para o mercado como para a burocracia.” HEILBRONER R. *apud* LINDBECK, A. *id.* p. 179.

¹⁴²⁵ LINDBECK, A. *id.* pp. 68-69.

¹⁴²⁶ LINDBECK, A. *id.* p. 69. Observa o autor que no mercado os preços e as quantidades demandadas de mercadorias fornecem a informação de produtores e consumidores. LINDBECK, A. *ibid.*

quanto os sistemas de socialismo de mercado – na terminologia de Oskar Lange (1904-1965) – em que os preços são determinados centralmente.¹⁴²⁷

Nada obstante, reconhece Lindbeck que “as deficiências das informações e coordenação não estão confinadas aos sistemas administrativos centrais”, e que “os sistemas descentralizados sofrem também de informações e coordenação inadequadas.”¹⁴²⁸

Com efeito, sistemas em que a liberalização do mercado revela-se extrema padecem de sérios problemas, seja pela falta de informação, seja pela oferta de informação falsa, bem como por atividades altamente especulativas e com grandes riscos sociais por sua falta de coordenação.

Exemplo disso é exatamente a grave crise que se instaurou a partir de 2008 na economia mundial, e inúmeras crises anteriores atribuíveis à especulação e à falta de fidedignidade das informações disponibilizadas pelo mercado.

Obviamente não são ignorados nem desconhecidos os riscos da centralização e a própria Nova Esquerda manifestava reservas em face da mesma, como exemplifica a posição de Ernst Mandel (1923-1995), que considerava que a burocratização e centralização conduziram à imposição de sacrifícios sem a consulta das opiniões e sem o consentimento dos sacrificados, além de contradizer os próprios princípios socialistas e induzir a resultados econômicos inferiores a outros sistemas.¹⁴²⁹

Coloca-se, portanto, um problema geral consistente em encontrar um grau ótimo de combinação entre centralização e descentralização¹⁴³⁰ – o que seria

¹⁴²⁷ LINDBECK, A. *ibid.* Observa este autor que mesmo no socialismo de mercado “a determinação central dos preços exige conhecimento e controle da qualidade dos produtos individuais; do contrário os produtores tanto de artigos de consumo como de produção podem sempre baixar a qualidade dos produtos cujos preços sejam determinados centralmente, como tem de fato acontecido em muitos países durante períodos de controle de preços.” LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁴²⁸ LINDBECK, A. *id.* p. 71. O autor refere-se ainda a um possível problema de acesso das empresas a informações corretas sobre o nível geral da atividade econômica e sobre a taxa de crescimento da economia, redundando em expectativas irreais. LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁴²⁹ LINDBECK, A. *id.* pp. 71-72.

¹⁴³⁰ LINDBECK, A. *id.* p. 73. O próprio Lindbeck reconhece a presença de centralização em áreas onde parece desnecessária e sua ausência em áreas que dela necessitariam, indicando que

impossível em uma visão hayekiana, posto defender o mesmo não ser possível qualquer combinação entre ordem espontânea e ordem feita, como visto.

Em sua crítica ao saber econômico convencional, a *New Left* enfatiza a necessidade de se estudar o papel desempenhado pelos arranjos institucionais e as questões relativas à distribuição do poder e à luta de classes para a explicação dos fenômenos relativos à distribuição da renda¹⁴³¹, tema este intrinsecamente vinculado à questão da justiça distributiva, analisado adiante.

A Nova Esquerda denuncia a parcialidade excessiva do enfoque econômico convencional, consistente na análise de alocação de recursos, com negligência aos processos maiores e às transformações históricas dos sistemas econômicos.¹⁴³²

Com efeito, segundo Avelãs Nunes, "o *problema do poder* – completamente afastado da análise econômica pelos marginalistas e por todos os que se integram na *mainstream economics* – parece ser o problema decisivo, não o *problema da escassez*."¹⁴³³

Há ainda a crítica endereçada à negligência pelo saber convencional relativamente aos problemas referentes à interação entre fatores econômicos e políticos nos âmbitos interno e externo.¹⁴³⁴ A crítica é voltada à visão, considerada como parcial e ideologizada, no sentido da harmonia ou equilíbrio sociais:

eventuais correções neste tipo de distorção poderiam ser o início de uma possível resposta. LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁴³¹ LINDBECK, A. *id.* pp. 36-37. Segundo este autor, "entre os autores da Nova Esquerda com treinamento formal na teoria econômica parece haver também um interesse nas teorias macroeconômicas alternativas da distribuição associadas com críticos das teorias da produtividade marginal tais como Joan Robinson e Nicholas Kaldor." LINDBECK, A. *id.* p. 37. Ensina Avelãs Nunes que a limitação do objeto da Economia resulta na conclusão de que a análise econômica deveria deixar de fora o poder e as relações de poder. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 50. Mais adiante este autor observa que fisiocratas e economistas clássicos reconheciam o caráter classista do Estado e seu papel de defesa da propriedade, aduzindo que "o *poder* começou a ser 'esquecido' como objecto de análise econômica com as primeiras representações matemáticas da economia (Walras e Pareto), acabando por ser banido de todas as concepções da ciência econômica que a identificam como uma ciência da escolha, uma teoria das trocas ou uma teoria da formação de preços em (supostos) mercados de concorrência." NUNES, A. J. A. *id.* pp. 67-68.

¹⁴³² LINDBECK, A. *op. cit.* p. 41.

¹⁴³³ NUNES, A. J. A. *id.* p. 77.

¹⁴³⁴ LINDBECK, A. *id.* pp. 41-42.

Em particular, os economistas são acusados de haverem tendido a sugerir que há um certo tipo de 'equilíbrio social' e de 'harmonia' na sociedade, escondendo assim fenômenos tais como os conflitos e lutas pelo poder de indivíduos, grupos e classes. O uso, por exemplo, de modelos de equilíbrio na análise econômica é criticado como um meio de evitar problemas de conflitos e 'desarmonia'.¹⁴³⁵

Tal omissão da teoria econômica no âmbito doméstico teria significado a ausência de exame de importantes fenômenos relativos à influência de classes e grupos de pressão econômicos, organizados politicamente, em busca de tratamento privilegiado pela legislação e pela administração pública.¹⁴³⁶

Do ponto de vista externo a mesma omissão teria representado a desconsideração sobre fenômenos como os do imperialismo e do domínio estrangeiro¹⁴³⁷ – e, aduzir-se-ia convenientemente, mais recentemente, sobre a globalização.

Conclusivamente, há que se consignar o pensamento de Joseph Stiglitz, comentando a crise econômica deflagrada em 2008, ilustrativo dos efeitos das teorias do equilíbrio e apologéticas ao livre-mercado:

Na grande recessão que começa em 2008, milhões de pessoas na América e ao redor de todo o mundo perderam suas casas e seus trabalhos (...). Esta não é a forma em que as coisas deveriam ter ocorrido. A Economia moderna, com sua fé em mercados livres e na globalização, prometeu prosperidade para todos (...). A grande recessão – claramente a pior desde a grande depressão ocorrida setenta e cinco anos antes – destruiu tais ilusões. Ela nos forçou a repensar pontos de vista acalentados há muito. Por um quarto de século certas doutrinas do livre mercado prevaleceram: mercados livres e irrestritos são eficientes; se eles erram, rapidamente corrigem-se. O melhor governo é pouco governo, e a regulação nada mais faz do que impedir a inovação. Bancos centrais devem ser independentes e focar exclusivamente em manter a inflação baixa. Hoje, mesmo o maior defensor dessa ideologia, Alan Greenspan, o presidente do Banco Central norte-americano durante o período em que tais pontos de vista prevaleceram, admitiu que há uma falha nesse raciocínio – mas tal

¹⁴³⁵ LINDBECK, A. *id.* p. 42. Uma das justificativas para a abordagem centrada no equilíbrio é o fato de que ela é mais simples e portanto mais fácil de ser utilizada analiticamente e pedagogicamente, o que não retira completamente o valor da crítica ora exposta. LINDBECK, A. *op. cit.* p. 48.

¹⁴³⁶ LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁴³⁷ LINDBECK, A. *id.* pp. 42-43.

confissão veio muito tarde para a maioria daqueles que sofreram suas consequências.¹⁴³⁸

Avalia o economista que as evidências deixadas pela recessão iniciada em 2008 induzem à compreensão de que os mercados, embora importantes para o êxito da economia, não operam bem por si sós, reclamando um equilíbrio a partir de instituições governamentais com a participação de instituições extramercado e não governamentais.¹⁴³⁹

Faz-se necessário, portanto, perfilhar o entendimento de autores como François Perroux (1903-1987), que considera objetivamente e cientificamente insustentável a postura de excluir da análise econômica os fenômenos de poder.¹⁴⁴⁰

E é possível, contrariamente ao que parece pretender fazer crer a ortodoxia econômica contemporânea, definir que tipo de mercados se pretende ter e que tipo de Estado se pretende desenvolver, compreendendo que boa intervenção estatal significa mais do que “mais” ou “menos” Estado.¹⁴⁴¹

3.1.4 Concepção benéfica da troca

Observa Avelãs Nunes que a Economia de tipo marginalista assume-se como uma ciência das relações de troca, reduzindo-se a esta classificação as escolhas relevantes para a ciência económica.¹⁴⁴² Como visto o pensamento econômico

¹⁴³⁸ STIGLITZ, J. **Freefall** *cit.* p. xii. Tradução livre do autor.

¹⁴³⁹ STIGLITZ, J. *id.* p. xii.

¹⁴⁴⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 68.

¹⁴⁴¹ Nesse sentido David Miliband. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 69.

¹⁴⁴² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 56.

ortodoxo considera a troca como sempre benéfica para as partes nela envolvidas.¹⁴⁴³

Tal concepção possui raízes tanto na teoria subjetiva do valor¹⁴⁴⁴ – pois com base nela, se duas pessoas celebram um contrato de compra e venda é porque o vendedor valoriza mais o dinheiro do que o bem e o comprador valoriza mais o bem do que o dinheiro – quanto na visão de que os agentes econômicos são racionais, egoístas e maximizadores e, portanto, somente concordariam com a transação se esta lhes for benéfica¹⁴⁴⁵, assume como pressuposto, ainda, que as transações são feitas livremente, através do consentimento das partes.¹⁴⁴⁶

Como ensina Avelãs Nunes, banido do pensamento econômico pelo marginalismo o estudo das relações de produção, aquele concentrou-se no problema da formação dos preços no mercado, partindo a premissa de um sistema de concorrência livre e perfeita.¹⁴⁴⁷ Observa este autor que

¹⁴⁴³ HUNT, E. K., *op. cit.* p. 449. Como explica Avelãs Nunes, "a *cadeia de trocas* em que intervêm os *homens económicos racionais*, 'nas condições de um *hipotético* regime de concorrência perfeita', desenvolve-se até que se atinja a *posição de equilíbrio das trocas*, resolvendo-se, através da troca, todos os problemas da produção, da distribuição e do consumo, com a maximização dos resultados em todas as esferas." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 57.

¹⁴⁴⁴ O raciocínio é expresso no texto "Breve Exposição de uma Teoria Geral Matemática da Economia Política" de Jevons: "Se uma pessoa possui um objeto útil, mas um objeto pertencente a outra pessoa tiver maior utilidade, ela ficará contente em dar aquele que possui em troca do outro. Porém é condição necessária que a outra pessoa ganhe do mesmo modo, ou pelo menos não perca com a troca." JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 234.

¹⁴⁴⁵ Em matéria de comércio internacional, visão análoga serviu de fundamento teórico para sustentar o livre comércio entre as nações em substituição ao protecionismo. Como observa Ormerod sobre a questão, na Riqueza das Nações Smith sustenta que conviria a um país especializar-se na produção de artigos na qual tivesse uma vantagem absoluta em relação a outros países. Ricardo fora além de Smith, sustentando a denominada teoria das vantagens comparativas, segundo a qual mesmo que um país fosse mais eficiente que os demais na produção de quaisquer mercadorias lhe seria conveniente especializar-se na produção daquelas em que sua eficiência fosse maior. ORMEROD, P. *op. cit.* pp. 26-27. A teoria das vantagens comparativas serve de base teórica ao comércio internacional e sustenta a visão de que o livre comércio pode ser benéfico para todos, ocultando, por outro lado, questões relativas ao tipo de bem que seria produzido em diferentes países com diversos graus de desenvolvimento econômico e tecnológico e, ainda, as repercussões de tais questões no que diz respeito à divisão internacional do trabalho e à distribuição internacional da riqueza.

¹⁴⁴⁶ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 59.

¹⁴⁴⁷ NUNES, A. J. A. *id.* p. 57. "A este respeito, é elucidativa a noção de *Economia Pura* (por oposição à *Economia Política* clássica) defendida por Walras: 'a economia pura é, na sua essência, a teoria da determinação dos preços nas condições de um *hipotético* regime de concorrência livre e perfeita." NUNES, A. J. A. *ibid.*

a crítica põe em relevo que esta identificação da ciência económica como *ciência das relações de troca* (ou *catallaxia*) encobre a apologia do capitalismo. Reduzindo o seu estudo à análise das relações de troca que se concretizam no mercado, realça-se que as trocas são *trocas de equivalentes* (de outro modo não teriam lugar...), o que significa que as *trocas voluntárias* permitem ultrapassar eventuais conflitos entre interesses divergentes, proporcionando o máximo de utilidade a todos os que delas participam.¹⁴⁴⁸

Naturalmente tal visão desconsidera uma série de possibilidades reais que podem fazer com que os intercâmbios não sejam exatamente uma troca justa e benéfica para todos os intervenientes. Tais possibilidades concretas são decorrência de fenómenos como o poder de mercado em geral, o monopólio, o oligopólio, o cartel, a premência da necessidade, a criação artificial de necessidades por estratégias de *marketing* e propaganda, a obsolescência programada, entre outros.¹⁴⁴⁹

Situações como estas, bem como a assimetria entre as partes, seja do ponto de vista de informação, organização ou capacidade económica, tão comuns nas relações de consumo e de trabalho, infirmam efetivamente a concepção benevolente de todas as trocas.¹⁴⁵⁰

A concepção marginalista de troca, atomista e momentânea, não se presta à compreensão de relações contratuais de longo prazo, como contratos de trabalho, e

¹⁴⁴⁸ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 57. Jevons observa que “a troca é um processo tão importante na maximização da utilidade e na economia de trabalho que alguns economistas consideram sua ciência como se ela tratasse unicamente dessa operação.” JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 91.

¹⁴⁴⁹ Como observa Avelãs Nunes, a concepção de transmissão voluntária dada por economistas como Teixeira Ribeiro representam a noção ortodoxa de voluntariedade nas trocas: “foi por sua vontade que o operário transmitiu ao patrão a força de trabalho e foi por sua vontade que o patrão lhe transmitiu o salário. Ambos, pois, fizeram escolhas que se traduziram em preferências voluntárias de bens.” Teixeira Ribeiro *apud* NUNES, A. J. A. *id.* p. 50.

¹⁴⁵⁰ Talvez em nenhum outro campo isso seja evidente como no que se refere às relações de trabalho. Como recorda Nunes, à compreensão de indivíduos em abstrato contrapõe-se a concepção dos homens em concreto, situados nas estruturas sociais reais, e o regime do salariedade revela-se como categoria própria do capitalismo e não resultante de escolhas livres entre ambas as partes, e tampouco celebrado entre iguais. NUNES, A. J. A. *id.* p. 59.

concebe as mesmas como atos de livre vontade de empregadores e trabalhadores, como se houvesse escolha para ambas as partes.¹⁴⁵¹

O pressuposto marginalista das trocas entre equivalentes padece ainda do defeito de não dar conta da compreensão das trocas desiguais que efetivamente ocorrem como denunciado, por exemplo, pela crítica marxiana ao assalariamento.¹⁴⁵²

Outra concepção econômica subjacente à concepção benéfica da troca é a própria noção de equilíbrio geral e de caráter autoajustável do mercado, cujos mecanismos supostamente conduziriam por si sós à compatibilização e harmonização de interesses diversos.¹⁴⁵³

A visão dos processos de mercado como tendentes à harmonia e ao equilíbrio foi objeto de fortes críticas¹⁴⁵⁴, posto que a existência de relações em que se faz presente o poder econômico reclama uma revisão de tal enfoque.

Há um aspecto conexo a esta questão cuja análise é importante. Como já afirmado, a visão positiva da troca desenvolve-se não apenas no âmbito doméstico, mas também no campo internacional.¹⁴⁵⁵

Observe-se que apesar da teoria ricardiana das vantagens comparativas ainda embasar na atualidade a ortodoxia do pensamento econômico na matéria,

¹⁴⁵¹ NUNES, A. J. A. *id.* pp. 58-59. Nas palavras deste autor, "fora da análise fica o facto fundamental que caracteriza as relações de produção nas sociedades capitalistas: o facto de os *capitalistas* serem os proprietários dos meios de produção e de os *trabalhadores assalariados* estarem excluídos da propriedade dos meios de produção", conforme a crítica marxiana. NUNES, A. J. A. *id.* p. 59. Como arremata este autor, sob a falsa aparência da liberdade de contratar esconde-se a real necessidade de contratar, pela compulsão econômica. NUNES, A. J. A. *id.* p. 60.

¹⁴⁵² NUNES, A. J. A. *id.* pp. 59-60.

¹⁴⁵³ Lembrando as concepções hayekianas do sistema de preços como orientador de expectativas e do feedback negativo como instrumento de aumento do conhecimento e conseqüentemente de reajustamento das expectativas, conforme visto no Capítulo II.

¹⁴⁵⁴ LINDBECK, A. *op. cit.* p. 42.

¹⁴⁵⁵ E isso remonta no mínimo à Escola Clássica, bastando para demonstrar recordar a relação estabelecida por Adam Smith na Riqueza das Nações entre a ampliação dos mercados, o aumento na divisão do trabalho e os conseqüentes ganhos de eficiência. ROSANVALLON, P. **Capitalisme utopique, le: histoire de l'idée de marché.** Paris : Éditions du Seuil, 1999, p. 97.

hoje encontrar-se-ia ausente um dos pressupostos de Ricardo para esta questão, qual seja, a falta de mobilidade do capital.¹⁴⁵⁶

Com efeito, como é sabido, a globalização consiste em um fenômeno multifacetado de incremento na circulação de informações, pessoas e bens ao redor do globo sem precedentes, fenômeno este proporcionado pelas novas tecnologias da informação e de transportes.¹⁴⁵⁷

O advento da globalização econômica, possibilitando a imposição de constrangimentos por agentes econômicos aos Estados nacionais, acarretou diversas mazelas, entre as quais a derrubada de conquistas civilizatórias consubstanciadas em direitos, através dos mais variados expedientes, como a desregulamentação e a flexibilização.¹⁴⁵⁸

Como demonstra Abili Lázaro Castro de Lima, o fenômeno da globalização deslocou os centros decisórios do Estado para as corporações transnacionais e permitiu que estas impusessem constrangimentos àquele, acarretando uma falta de protagonismo do Estado, uma redução da esfera pública e a incapacidade regulatória daquele.¹⁴⁵⁹

Todo este contexto de capitalismo desregulado faz com que se torne ainda mais patente a parca plausibilidade de uma visão que interpreta todos os intercâmbios ocorridos no mercado como espontâneos e benéficos a todas as partes envolvidas.

Tal visão descarta as relações de poder econômico, político e social que permeiam as relações de mercado como as relações de produção, escamoteia a realidade, ocultando toda uma série de processos através do qual instituições de mercado impõem toda sorte de constrangimentos a agentes hipossuficientes e

¹⁴⁵⁶ ORMEROD, P. *op. cit.* p. 28. Ensina este autor que “Ricardo teve o cuidado de observar que sua teoria dependia do pressuposto de que os fundos disponíveis para investir na indústria (“capital”, em síntese) não circulassem livremente de um país para outro.” ORMEROD, P. *ibid.* Sobre a visão de Ricardo acerca do comércio exterior veja-se o Capítulo VII de seus Princípios. RICARDO, D. *op. cit.* pp. 101 e ss.

¹⁴⁵⁷ LIMA, A. L. C. *op. cit.* pp. 124 e ss.

¹⁴⁵⁸ LIMA, A. L. C. *id.* pp. 317 e ss.

¹⁴⁵⁹ LIMA, A. L. C. *id.* pp. 205 e ss.

mesmo ao Estado, em nível internacional. Tal constatação torna insustentável a visão benéfica de todo e qualquer intercâmbio ocorrido no mercado.

Como observa Avelãs Nunes, a noção de *catalaxia* do novo liberalismo corresponde à ressuscitar a noção de mão-invisível do mercado, significando a crença razoável em um volume crescente de produção, mas negligenciando o papel da "habilidade" e da "sorte" dos agentes econômicos no que se refere à distribuição dos resultados.¹⁴⁶⁰

Nesse sentido, Nunes afirma que "esta *ciência das trocas* 'encobre', a meu ver, aspectos essenciais das relações sociais de produção que caracterizam as sociedades capitalistas."¹⁴⁶¹

A concepção benéfica das trocas parece voltada a encobrir relações de força e poder existentes no âmbito econômico e a naturalizar ou legitimar os resultados da operação do livre mercado, ainda que sejam fruto da álea, da força ou da astúcia, que podem encontrar-se muito distantes de concepções elementares de moralidade e justiça, como se verá de passagem em item seguinte e mais aprofundadamente no Capítulo IV.

3.1.5 A questão da definição de eficiência

Questões analíticas e teóricas também são prenes de significado em termos ideológicos e de opções políticas, mesmo que procure-se ocultar as inclinações valorativas sob aparente neutralidade ou objetividade. Talvez nenhum conceito econômico o demonstre tão bem quanto o conceito de eficiência. Como ensina Paul Ormerod,

¹⁴⁶⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 57.

¹⁴⁶¹ NUNES, A. J. A. *id.* p. 60.

A 'revolução marginalista', como passou a ser conhecida na teoria econômica, as mudanças introduzidas (sic) por Jevons e Walras e seus sucessores, formalizou uma parte da obra de Adam Smith e demonstrou mais rigorosamente que, dados certos pressupostos, o sistema de livre-mercado levaria a uma distribuição de determinada série de recursos que, num sentido muito particular e restrito, seria ótima do ponto de vista de todos os indivíduos e empresas no interior dessa economia.¹⁴⁶²

Considerando-se a impossibilidade de se realizar análises de custo-benefício sem uma definição de eficiência, tal definição ganha uma importância fundamental e central na Economia e, como veremos posteriormente, na análise do Direito a partir do enfoque econômico.

Com efeito, além da noção vulgar de eficiência, significando a melhor relação entre custos e benefícios, ou ainda menores custos marginais e maiores benefícios marginais¹⁴⁶³, existem conceitos técnicos de eficiência econômica que ostentam repercussões extremamente importantes na análise econômica em geral.

Os conceitos de Pareto e Kaldor-Hicks já foram brevemente abordados no Capítulo II, ao se examinarem as teorizações de Posner, mas em função do papel central que desempenham no presente estudo merecem ser examinados com maior detalhe.

O conceito técnico mais difundido e aceito de eficiência econômica é o conceito paretiano de eficiência alocativa, apelidado de "ótimo de Pareto", que se preocupa com os aspectos objetivos e, em certa medida, distributivos da alocação de recursos, nos termos a seguir especificados.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶² ORMEROD, P. *op. cit.* pp. 56-57. O uso da matemática impactou questões importantes e não negligenciáveis, pois com seu uso "a insistência de Smith na importância da estrutura institucional e de todo o conjunto de valores morais sobre os quais os mercados livre operam foi esquecida, pois esses conceitos não podem ser traduzidos em linguagem matemática." ORMEROD, P. *id.* p. 57.

¹⁴⁶³ Como é intuitivo, em sentido geral considera-se eficiente uma alocação de recursos se não é possível obter um resultado maior com os mesmos recursos ou obter o mesmo resultado empregando-se menos recursos.

¹⁴⁶⁴ Importante distinguir eficiência técnica de eficiência econômica. Ensina Amartya Sen: "As duas principais definições de eficiência empregadas em economia são, respectivamente: (1) 'eficiência técnica', segundo a qual não é possível gerar mais de um determinado produto sem reduzir menos de algum outro (considerando os insumos como produtos negativos); 'eficiência econômica', identificada com a 'otimalidade de Pareto', condição na qual ninguém pode melhorar seu estado sem piorar o de alguma outra pessoa." SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 37.

Diz-se que uma situação seria eficiente em termos paretianos se se constata não ser possível melhorar a situação de ninguém relativamente à alocação de recursos sem piorar a situação de outrem, sempre na opinião dos próprios envolvidos.¹⁴⁶⁵

Se de um lado o conceito é em certa medida celebrado por exigir o consentimento para a realização de uma mudança na alocação de recursos, como visto quando se examinou o pensamento de Posner, de outro acaba por se revelar, exatamente por isso, extremamente conservador.¹⁴⁶⁶

Com efeito, como muitos já apontaram, se uma sociedade hipotética em que 99% dos recursos estivessem alocados em mãos de uma única pessoa e 1% dos recursos partilhado desigualmente entre o restante da população, poder-se-ia considerar presente uma alocação eficiente de recursos em termos paretianos. Ou seja, o critério paretiano de eficiência diz respeito apenas à alocação plena dos recursos existentes, e não sobre a forma como estão distribuídos.¹⁴⁶⁷

Assim o denominado “ótimo de Pareto” consiste em um critério que se ocupa, em realidade, apenas com a questão acerca de ter havido o emprego de todos os recursos disponíveis – ou, contrariamente, sobre a possível existência de recursos ociosos, ignorando a forma como são distribuídos¹⁴⁶⁸, exceto para vedar uma mudança alocativa não-consensual.¹⁴⁶⁹

¹⁴⁶⁵ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 353-354.

¹⁴⁶⁶ A definição de eficiência por Pareto vincula-se à rejeição de concepções éticas em Economia, como observa Amartya Sen, que o considera um tipo de êxito bastante limitado. SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 47.

¹⁴⁶⁷ Nesse sentido, Sen: "Um Estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos." SEN, A. *id.* p. 48. Quando se disse linhas atrás que o critério teria relação com aspectos distributivos isto é verdadeiro apenas na medida em que exige o consentimento dos indivíduos envolvidos em uma situação alocativa para que haja qualquer alteração. Isto obviamente não se revela apto a promover redistribuição de recursos e está relacionado com a concepção subjetiva de valor – a pessoa somente concordará com uma mudança se percebê-la como vantajosa para si mesma.

¹⁴⁶⁸ DWORKIN, R. **Uma questão** *cit.* p. 354; SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 49. Pois se não há como melhorar a situação de ninguém sem piorar a de outrem significa que não há recursos ociosos. Caso haja tal possibilidade, haveria recursos ociosos que penderiam de alocação.

¹⁴⁶⁹ Na verdade o consenso em Pareto constituiu um expediente para contornar as dificuldades postas pela comparação intersubjetiva de utilidades, na medida em que se todos os afetados

A análise de custo-benefício sempre conduzirá, portanto, a uma conclusão acerca da eficiência, respondendo ao questionamento se dada alocação de recursos pode ser considerada eficiente ou não, e não uma conclusão acerca da distribuição dos recursos.¹⁴⁷⁰

Sob o critério de Pareto uma situação alocativa será considerada ineficiente se for possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem, e eficiente se for impossível fazê-lo. Por outro lado, a mudança na situação alocativa será considerada eficiente se melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de outrem, e ineficiente se não satisfizer a tais requisitos.

O conceito encontra-se ladeado por uma série de suposições adicionais para que seja verdadeiro, como, por exemplo, a ausência de efeitos sobre terceiros – externalidades – o que torna difícil identificar uma mudança em uma situação alocativa real como ótima no sentido de Pareto.¹⁴⁷¹

Paralelamente à noção paretiana de eficiência há o conceito proposto por Nicholas Kaldor e John Hicks, e por isso chamado de Kaldor-Hicks. Tal conceito é denominado por vezes – emblematicamente – de melhorias potenciais em Pareto.

O conceito de Kaldor-Hicks difere do de Pareto essencialmente na medida em que não exige a condição de que os indivíduos envolvidos em uma alocação de recursos consintam com uma mudança nesta ou, dizendo de outro modo, quando reputa uma mudança em uma situação alocativa como eficiente independentemente do ganho de uns e da perda de outros. O critério apenas faz depender a

concordam com uma mudança alocativa presume-se que todos encontrar-se-iam em situação melhor, em seu próprio ponto de vista, após a mudança. Desse modo não se colocam os problemas da comparação intersubjetiva de utilidade.

¹⁴⁷⁰ Exceto no sentido de se levar em consideração na análise determinados custos que devem ser distribuídos entre as partes para que a própria análise de custo-benefício seja fidedigna. Por exemplo, em termos de uma análise econômica do contrato, um dos elementos que deve ser levado em consideração é a aversão das partes ao risco, o que torna a assecuração contra o mesmo um valor passível de mensuração econômica e, portanto, faz com que sua distribuição entre as partes seja passível de avaliação em termos de seus efeitos sobre a eficiência. Sobre o tema ver POLINSKY, A. M. *op. cit.* pp. 68 e ss.

¹⁴⁷¹ A rigor várias suposições contrafáticas estão presentes no modelo para que seus resultados sejam válidos, entre elas a ausência de externalidades, a ausência de monopólios, informação plena, entre outros.

possibilidade ou impossibilidade na mudança alocativa de uma análise de custo-benefício.

Segundo o critério de Kaldor-Hicks uma mudança na alocação de recursos entre diferentes indivíduos é possível independentemente da anuência destes desde que os ganhos superem as perdas¹⁴⁷², ou, o que é o mesmo dito de outro modo, desde que o ganho de quem ganha supere as perdas de quem perde.¹⁴⁷³

Por isso a denominação de melhorias potenciais em Pareto: uma alocação pode ser considerada eficiente de acordo com este critério, mas ineficiente sob Kaldor-Hicks, se houver a possibilidade de incrementar os benefícios a partir de uma modificação na alocação de recursos, ainda que à revelia da vontade dos implicados.¹⁴⁷⁴ Basta que se demonstre que com isso haverá um aumento na riqueza, que o ganho obtido com a mudança supere as perdas.

Duas observações se impõem sobre Kaldor-Hicks. Em primeiro lugar o fato de os ganhos com a mudança excederem as perdas traduz-se na possibilidade – e não a necessidade – de uma indenização àqueles que perdem por aqueles que ganham.¹⁴⁷⁵

Em segundo lugar, de se ressaltar que para o critério é indiferente quem ganha e quem perde, pouco importando se indivíduos mais favorecidos percam em

¹⁴⁷² O exemplo de Posner citado por Dworkin ilustra perfeitamente o conceito: "Derek tem um livro que Amartya quer. Derek venderia o livro a Amartya por \$2 e Amartya pagaria \$3 por ele. T (o tirano encarregado) toma o livro de Derek e o dá a Amartya com menos gasto de dinheiro ou equivalente do que seria consumido em custos de transação se os dois fossem regatear a distribuição do valor excedente de \$1. A transferência forçada de Derek para Amartya produz um ganho de riqueza social, embora Derek tenha perdido algo que valoriza sem nenhuma compensação." DWORKIN, R. **Uma questão** *cit.* p. 360.

¹⁴⁷³ Como ensina Sen, trata-se da ampliação da concepção paretiana mediante a introdução de um teste de compensação. Reconhece o autor a possibilidade de tais critérios de aferição da melhoria social gerarem inconsistências. SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 49.

¹⁴⁷⁴ Um fundamento de legitimação de tal visão constituiria na noção implícita à ortodoxia econômica no sentido de que *mais é melhor*, como observa Avelãs Nunes. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 83.

¹⁴⁷⁵ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 49. Com efeito, se os ganhos com a mudança alocativa superam as perdas, é teoricamente possível modificar a alocação em questão e, em seguida, indenizar os perdedores, de maneira que ainda seja vantajosa para os ganhadores, pois os ganhos superam as perdas e assim haverá excedente.

favor de indivíduos menos favorecidos ou vice-versa.¹⁴⁷⁶ Pode ser vista como eficiente, portanto, uma mudança na alocação dos recursos disponíveis ainda que favoreça quem tem mais em detrimento de quem tem menos.¹⁴⁷⁷ O critério básico é se com a mudança os ganhos superarão as perdas e, portanto, se se traduz em eficiência econômica ou não.¹⁴⁷⁸

Ambos os critérios, portanto, revelam-se indiferentes à questão da distribuição. A noção de eficiência segue sendo uma noção calcada na inexistência de recursos ociosos, ou na alocação dos recursos de modo a aumentar os benefícios relativamente aos custos, independentemente de quais indivíduos ou grupos serão beneficiados ou prejudicados com a manutenção ou com a mudança da referida situação alocativa.

Note-se portanto que a questão do conceito de eficiência reflete a questão a amoralização da economia levada a cabo logo no nascimento da disciplina como a conhecemos atualmente.¹⁴⁷⁹

Observe-se, por fim, que embora os conceitos de eficiência referidos sejam hegemônicos, outros seriam passíveis de formulação. A guisa de ilustração, o conceito de Piotr Kropotkin, que ao definir Economia definia implicitamente eficiência como a o maior grau de satisfação das necessidades humanas com a menor perda possível de forças humanas.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁶ Como ensina Sen, "entre os perdedores poderiam incluir-se as pessoas menos favorecidas e mais miseráveis da sociedade, e não é nenhum consolo para eles ouvir que é possível compensá-las plenamente, mas ('Deus do céu!') não há nenhum plano para fazê-lo." SEN, A. *ibid.*

¹⁴⁷⁷ Exatamente por tal característica Kaldor-Hicks é endossado por Posner, em lugar de Pareto, pois traduz a maximização de riqueza.

¹⁴⁷⁸ Como observa Dworkin, Kaldor-Hicks é um critério mais prático de decisão do que Pareto. DWORKIN, **Uma questão** *cit.* p. 355. Isso deve-se à renúncia da restritiva regra de unanimidade subjacente ao último.

¹⁴⁷⁹ Como visto, durante a Antiguidade e a Idade Média a Economia era vista como serva da Ética – e da Política –, razão da crítica aristotélica e tomista relativamente à especulação, à usura e a outros comportamentos econômicos considerados predatórios, e da distinção entre Economia e Crematística. António José Avelãs Nunes observa que desde Aristóteles até os mercantilistas escreveu-se sobre fenômenos econômicos, mas considera que o nascimento da disciplina como concebida atualmente se dá no século XVIII, com o advento do capitalismo. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 9.

¹⁴⁸⁰ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 47. Naturalmente o conceito pode ser objetado como antropocêntrico, no entanto, ao menos leva em consideração uma preocupação humanista ao definir eficiência.

Como ensina Amartya Sen, em certo sentido definições de eficiência como a paretiana revelam-se inadequadas, sendo possível a introdução de outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e da sociedade.¹⁴⁸¹

De se indagar, portanto, quais as limitações inerentes ao conceito de eficiência econômica tal qual formulado pelo pensamento econômico ortodoxo e quais as consequências de sua assunção, em face dos efeitos sociais adversos possíveis a partir de atos ou condutas que poderiam ser consideradas eficientes do ponto de vista econômico.

Primeiramente há que se observar a magnitude do impacto da adoção de tais definições de eficiência sobre a pretendida neutralidade da Economia:

O facto de a 'teoria económica ortodoxa' adoptar o pressuposto maximizador como critério de *eficiência na afectação dos recursos* significa que aquele critério e este objectivo são os únicos *escolhidos* por esta perspectiva da teoria económica. E a escolha do objectivo da afectação racional (eficiente, maximizadora de utilidade) de *recursos dados* como único objectivo social é o argumento utilizado por Homa Katouzian para afirmar que a teoria económica ortodoxa, longe de ser neutra em relação aos fins – com faz gala em se afirmar –, é seletiva, parcial e influenciada por juízos éticos.¹⁴⁸²

Com efeito, uma das consequências da adoção de critérios de eficiência como os de Pareto e Kaldor-Hicks é negligenciar de maneira arbitrária outros objetivos sociais relevantes e que podem ser mais importantes para certos grupos do que quaisquer outros.¹⁴⁸³

Como observa Avelãs Nunes, ao desvalorizar quaisquer outros objetivos sociais perante o único objetivo que considera válido, a Economia marginalista

¹⁴⁸¹ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 49.

¹⁴⁸² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 84.

¹⁴⁸³ NUNES, A. J. A. *ibid.* O autor exemplifica com os objetivos de um nível mínimo de vida decente, uma distribuição justa da renda, condições agradáveis de trabalho e ambiente saudável. NUNES, A. J. A. *ibid.* A tensão entre eficiência e justiça – especialmente distributiva – será examinada em profundidade no Capítulo IV.

realiza um *juízo ético* que afirma dever a sociedade valorizar tal objetivo mais do que outros e considerá-lo preferível a eles.¹⁴⁸⁴

Um exemplo evidente consiste nos casos de reengenharia que acarretam demissões em massa de trabalhadores em vários setores produtivos em função de uma busca de redução de custos e aumento de lucros com vistas à maior eficiência econômica, a despeito de perversos efeitos sociais decorrentes.

No mesmo diapasão, a implantação agressiva de novas tecnologias e novos processos produtivos com uso progressivamente menor de mão-de-obra e consequências sociais nefastas, bem como os processos de flexibilização e desregulamentação.

Como observam Pierre Rosanvallon e Abili Lázaro Castro de Lima, ao longo do século XX coloca-se mesmo, com a globalização da economia, uma oposição entre eficiência econômica e desenvolvimento humano e social – ou conquistas civilizatórias –, pois os direitos sociais e a regulamentação de mercados como o de trabalho passam a ser vistos entraves para a eficiência econômica.¹⁴⁸⁵

A flexibilização e a desregulamentação decorrentes de tais processos históricos acabam por acarretar efeitos nocivos de vários pontos de vista, inclusive sociais e econômicos¹⁴⁸⁶, e são interpretadas por economistas renomados como Joseph Stiglitz como causadoras de crises como a iniciada em 2008.

Qualquer que seja o critério técnico de eficiência adotado como base para a Análise Econômica entre os dois acima referidos que seja adotado – Pareto ou Kaldor-Hicks – uma consequência sempre se verificará, qual seja, a preocupação

¹⁴⁸⁴ NUNES, A. J. A. *ibid.*

¹⁴⁸⁵ LIMA, A. L. C. *op. cit.* pp. 317 e ss.

¹⁴⁸⁶ O argumento pode surpreender e, portanto, requer esclarecimento. Com efeito, não é óbvio que os efeitos da retração do Estado, da redução de políticas sociais, da retirada da regulamentação e assim por diante induzam necessariamente à eficiência econômica. É plausível a hipótese segundo a qual a inércia estatal em tempos de demanda insuficiente nada mais faça do que agravar ainda mais a insuficiência da demanda, em um efeito de causalidade cumulativa que induz à recessão econômica.

exclusiva com a maximização dos resultados sobre os custos, independentemente da distribuição de uns e outros entre diferentes indivíduos ou grupos sociais.¹⁴⁸⁷

Tal característica inerente à formulação daqueles conceitos de eficiência faz com que a análise econômica seja inexoravelmente unidimensional e faz com que uma série de outras questões de relevância econômica, política, social e ética seja desconsiderada.¹⁴⁸⁸

Portanto, a análise econômica assim levada a cabo nunca pode ser considerada como a última palavra ou o critério definitivo de decisão, requerendo, como advertido por tantos, complementação a partir de outros saberes e a consideração de outros valores além da eficiência econômica.¹⁴⁸⁹

Os critérios de eficiência econômica tais como definidos e adotados pela ortodoxia econômica tem por efeito, ainda, estabelecer uma tensão ou contradição profunda entre eficiência econômica e justiça, especialmente justiça distributiva, temática esta que será objeto de análise mais aprofundada no Capítulo IV.

¹⁴⁸⁷ Como demonstra Sen com base em outros, o princípio de compensação introduzido por Kaldor-Hicks ou não é convincente – por ser *potencial* e não *efetiva* a compensação – ou é supérfluo – pois torna desnecessária a complementação do critério de Pareto por um critério de compensação. SEN, A. **Sobre Ética** cit. p. 49.

¹⁴⁸⁸ Sen observa que procedimentos para suplementar o princípio paretiano através de avaliações de distribuição foram considerados por diversos autores além dele próprio, como Fisher, Little, Kolm, Phelps, Meade, Hammond, Roberts, entre outros. SEN, A. *id.* p. 51.

¹⁴⁸⁹ Uma última observação importante sobre os conceitos de eficiência baseia-se nas diversas visões acerca da vantagem e seu impacto nas concepções de igualdade e justiça acerca de situações concretas: "Se as vantagens forem vistas de formas diferentes, também deve ser vista de forma diferente a avaliação da igualdade. A mesma pluralidade se aplicaria a outros conceitos 'derivados' que se fundamentam – de modo exclusivo ou inclusivo – na concepção de vantagem. De fato, nesse aspecto o conceito de 'eficiência' é tão sujeito a múltiplas interpretações quanto o de igualdade, pois a inexistência de outro estado exequível mais vantajoso para todos depende totalmente do conceito escolhido de vantagem. Quando, por exemplo, se iguala vantagem a utilidade, a eficiência coincide com a otimalidade de Pareto. Alterando-se a concepção de vantagem, altera-se a essência da eficiência tanto quanto a essência da igualdade." SEN, A. *id.* p. 64.

3.1.6 Economia, moralidade e justiça

Um ponto central a ser discutido, obviamente não desconexo dos demais, consiste na relação entre Economia, moralidade e justiça, sendo objeto de uma breve incursão aqui e de um exame mais detalhado adiante.¹⁴⁹⁰

Com efeito, na Antiguidade e na Idade Média existiam vínculos diretos e explícitos entre a prática econômica e o saber econômico com a moral, seja por obra do pensamento aristotélico, seja por força da ética cristã, como visto brevemente no Capítulo I.

No entanto, os sistemas econômicos e o saber econômico desvencilharam-se progressivamente das amarras éticas e amoralizaram-se, ao longo de um processo correlato com a ascendência de burguesia, com o racionalismo¹⁴⁹¹ e com outros fatores, inclusive com a progressiva especialização dos saberes e com o advento do positivismo.

Parece plausível sustentar a visão segundo a qual a completa amoralização da Economia, no entanto, teria se verificado apenas com o advento do marginalismo-subjetivismo¹⁴⁹², que substituiu a Escola Clássica na ortodoxia do pensamento econômico.

Embora correntes de pensamento anteriores já tivessem afirmado a separação entre Economia e moral, bem como práticas econômicas outrora

¹⁴⁹⁰ Aqui a referência se faz principalmente à Economia como o ramo do conhecimento científico embora, evidentemente, haja uma relação inextrincável entre esta questão e aquela relativa à moralidade e com a justiça das instituições que integram o sistema econômico. A discussão aqui desenvolvida em torno da primeira relação inclui a segunda discussão.

¹⁴⁹¹ Como ensina Avelãs Nunes, contra a orientação intervencionista de tipo mercantilista insurge-se o *laissez-faire*, *laissez-passer* dos fisiocratas e surge a noção de leis naturais soberanas e de ordem econômica como ordem natural. Ao longo de tal processo, “a lei física e a lei moral confundem-se em favor da primeira na unidade da lei natural. A moral não pode ter outro sentido que não seja o de mero instrumento de realização física da ordem que resulta da lei natural.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 12.

¹⁴⁹² Pois como reconhece António José Avelãs Nunes, havia uma moralidade subjacente e implícita nos trabalhos dos economistas clássicos, a saber, a filosofia da liberdade e da lei naturais, cujo objetivo era o de justificar moralmente o capitalismo. NUNES, A. J. A. *ibid.*

proscritas passassem a ser aceitas como legítimas – como a cobrança de juros –, somente o paradigma construído pelo subjetivismo-marginalismo proporcionou uma concepção tal da Ciência Econômica que a separava completamente de temas que invariavelmente conduziram a problemas morais e políticos, como o da distribuição da riqueza entre as classes sociais que concorriam para sua criação.

Assim, a redução de escopo ou objeto da Economia estudado em item anterior, transformando a “velha” Economia Política em *Economics*, apenas, teve como reflexo tornar a disciplina científica mais asséptica e abstrata do que nunca, concebida como “Economia pura”, excluindo temáticas que até ali eram consideradas tradicionais e legítimos temas econômicos¹⁴⁹³ e acarretando a possibilidade de ocultação ideológica de problemas morais relativos à justiça do sistema econômico e à sua compreensão científica.

Além disso, o subjetivismo e o marginalismo proporcionaram uma teoria do valor completamente desvinculada do entorno social e mesmo material¹⁴⁹⁴, fazendo com que o valor decorresse da avaliação subjetiva de cada agente econômico e da escassez. O foco passa a ser o do consumo, abstraindo-se todas as fases até então integradas ao estudo econômico relativas à esfera da produção e da distribuição da riqueza, como já visto.

De se observar ainda que a justificativa marginalista para as diferenças de renda e riqueza funda-se no ponto de vista segundo o qual os rendimentos de cada um corresponderiam ao equivalente de sua contribuição para com o rendimento da comunidade.¹⁴⁹⁵

¹⁴⁹³ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* pp. 78-79.

¹⁴⁹⁴ Assim como os aspectos sociais foram negligenciados, com sérios problemas daí decorrentes, o mesmo se pode dizer de aspectos relativos ao substrato material da produção, que hoje são mais do que evidentes no âmbito da questão ambiental. Sobre o tema remete-se a SACHS, I. *op. cit.* Veja-se, ainda, THOMAS, Janet M.; CALLAND, Scott J. **Economia ambiental: fundamentos, políticas e aplicações**. Trad. Antonio Claudio Lot; Marta Reyes Gil Passos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

¹⁴⁹⁵ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 64. Observa Amartya Sen que "a posição da economia do bem-estar na teoria econômica moderna tem sido muito precária. Na economia política clássica não existiam fronteiras definidas entre a análise econômica do bem-estar e outros tipos de investigação econômica. Porém, à medida que aumentou a desconfiança acerca do uso da ética em economia, a economia do bem-estar foi se afigurando cada vez mais dúbia. Confinaram-na em um compartimento arbitrariamente exíguo, separada do restante da economia." SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 45.

No discurso hayekiano, como visto no Capítulo II, a partir de um ceticismo gnoseológico assume-se como evidente a impossibilidade de se estabelecer fins para a sociedade e passa-se a sustentar que as regras de conduta justa ou *nomos* poderiam conduzir a resultados injustos, reputando-se natural tal estado de coisas.

Embora a amoralização da Economia e sua emancipação relativamente a outros domínios tenha contribuído para o desenvolvimento econômico atual, a completa desvinculação entre aquela disciplina e as preocupações relativas especialmente ao mérito moral dos resultados oriundos da livre operação do mercado e das instituições capitalistas contribui para o não reconhecimento de problemas sociais da maior relevância.¹⁴⁹⁶

Como é sabido, existe uma intrínseca relação não apenas entre Economia e desenvolvimento, mas entre Economia e os diversificados modelos de desenvolvimento possíveis, posto ser falaciosa a afirmação contemporânea no sentido da irreversibilidade e inevitabilidade do padrão político-econômico preconizado pelo neoliberalismo, baseado exatamente em premissas subjetivistas-marginalistas e imposto a todos os quadrantes do mundo através do fenômeno da globalização, ao qual já se fez breve referência.

Acima de tudo, há uma relação entre Economia e desenvolvimento humano, conceito este diverso de desenvolvimento econômico, relação que remete imediatamente a indagações morais acerca da justiça dos resultados da operação das instituições de mercado capitalistas, assim como a agudas indagações e profundos questionamentos sobre os dogmas da Economia ortodoxa contemporânea – notadamente o do *laissez-faire*, *laissez-passar*, *le monde va lui-même*.

Inúmeros fenômenos econômicos têm gerado seríssimas externalidades em nível global, colocando uma indagação sobre a necessidade de uma vinculação

¹⁴⁹⁶ Investigando as relações entre Ética e Economia, Jevons afirma sobre a última: “é do grau inferior dos sentimentos que tratamos aqui. O cálculo da utilidade almeja suprir as necessidades ordinárias do homem ao menor custo de trabalho.” JEVONS, W. S. *op. cit.* p. 61.

entre práticas econômicas e patamares éticos mínimos – bem como sobre a adequada relação entre economia de mercado e regulação estatal.¹⁴⁹⁷

Economistas renomados, inclusive prêmios Nobel – como Amartya Sen e Joseph Stiglitz – têm teorizado sobre as relações entre ética e Economia, recusando, de diversas maneiras, a amoralidade da ortodoxia atual.¹⁴⁹⁸

Ademais, conforme foi possível vislumbrar no breve sobrevoo histórico realizado no Capítulo I, não foram poucas as Escolas rivais à tradição clássica ou à “sabedoria convencional” nos domínios econômicos que questionaram seriamente sejam os problemas morais do capitalismo e das crenças daquela tradição – de marxistas a anarquistas, mas também reformistas, como os socialistas de cadeira da Escola Histórica Alemã e os Institucionalistas e keynesianos americanos.¹⁴⁹⁹

Portanto, resta evidenciar que embora seja de bom alvitre reconhecer relativa autonomia da Economia em face de outros domínios, esta autonomia deve permanecer relativa, e não ser entendida como absoluta, sendo de se recusar as concepções que propugnam pela aceitação pura e simples da lei do mais forte no âmbito de um livre mercado em que a riqueza de poucos seja construída com base na miséria e no sofrimento de milhões.¹⁵⁰⁰

A atitude do pensamento econômico em face de fenômenos sociais como a exclusão social, a miséria e a indigência têm sido, em regra, a adoção de uma entre

¹⁴⁹⁷ Sobre o tema remete-se, entre outros, a KÜNG, H. **Ética mundial para la economía y la política, una**. Trad. Gilberto Canal Marcos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹⁴⁹⁸ Nesse sentido destaca-se a obra de Amartya Sen intitulada *Sobre ética e economia*, multicitada.

¹⁴⁹⁹ BRUE, S. L., *op. cit.* p. 206.

¹⁵⁰⁰ Com efeito, a lista dos mais ricos do mundo segundo a revista Forbes (2011/2012) apresentava figuras que possuíam fortunas entre US\$ 69 bilhões (1º lugar) e US\$ 13,9 bilhões (50º lugar), enquanto estima-se que 1,160 bilhão de pessoas vivam na pobreza em todo o mundo (dados de 2010, Banco Mundial), com uma renda de até US\$ 1,125 *per capita* por dia. Curiosamente na lista de bilionários da Forbes aparecem vários nomes em países subdesenvolvidos e acometidos por problemas sociais severos, bem como em países que, embora desenvolvidos, possuem níveis elevados de desigualdade social, com baixo Índice de Desenvolvimento Humano – IDH e elevado Coeficiente de Gini. Constam na lista países como México (1º lugar), Brasil (7º lugar), China (9º lugar), Índia (11º lugar), Rússia (13º lugar). Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, 16,27 milhões de pessoas (cerca de 8% da população brasileira) viveriam em situação de extrema pobreza, enquanto o país detém o 7º colocado na lista da Forbes já referida.

duas alternativas, quais sejam, retirar o problema do foco, considerando-o afeto a outras disciplinas, ou desenvolver teorias que se adequem à realidade posta e justifiquem-na.

Assim, o purismo manifestado no pensamento de autores como Jevons, Menger e Walras, ao reduzirem o escopo da Economia e amoralizarem-na, enquadra-se na primeira alternativa, ao passo que teorias como a de Pareto, que consideravam as desigualdades de renda como decorrentes das diferenças entre habilidades e talentos individuais, enquadram-se na segunda.¹⁵⁰¹ Como observa Galbraith sobre o tema

A derradeira defesa da fé clássica continua sendo mais influente do que a lei de Pareto, embora não esteja ligada às ideias dos economistas. Pelo contrário, exime-os de qualquer senso de obrigação social ou moral. As coisas podem não ser nada boas, nada justas, e sequer toleráveis. Mas isso não é da alçada do economista enquanto economista. Se a economia pretende considerar-se uma ciência, ela deve separar-se da justiça ou da injustiça, das agruras e das privações, do sistema. A tarefa do economista é manter-se afastado, analisar, descrever e quanto possível reduzir a fórmulas matemáticas – e não emitir juízos morais ou de alguma maneira se envolver.¹⁵⁰²

Observa Galbraith que o compromisso com a validação científica tem justificado a renúncia aos interesses e à responsabilidade sociais, compreendendo-se não caber ao economista preocupar-se com a justiça ou benignidade da economia, sob pena de incorrer em atitude não-científica.¹⁵⁰³

¹⁵⁰¹ “Ao analisar dados estatísticos elementares, incluindo as primeiras declarações de imposto de renda, Pareto conclui que em todos os países e em todas as épocas a renda era distribuída basicamente da mesma maneira. O gráfico que mostrava as parcelas dos ricos e dos pobres permanecia fundamentalmente inalterado. Esta distribuição estava longe de ser equitativa; entretanto refletia, em sua opinião, a distribuição de habilidades e talentos na ordem social. Os indivíduos mercedores de riqueza eram poucos comparados com a multidão dos que mereciam a pobreza, e aqueles que mereciam grande riqueza eram realmente pouquíssimos. Esta era a lei de distribuição de renda de Pareto.” GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 111-112.

¹⁵⁰² GALBRAITH, J. K. *id.* p. 112. Como observa Galbraith, tal posição já havia sido defendida por Nassau Senior, e seria reiterado constantemente. Observa o autor que “William Stanley Jevons (...) em *The Theory of Political Economy* chegou a declarar: ‘A economia, se pretender ser uma ciência, tem que ser uma ciência matemática.’ De uma ciência matemática os valores morais obviamente estão excluídos.” GALBRAITH, J. K. *ibid.*

¹⁵⁰³ No campo jurídico o positivismo e o normativismo conduziram a resultados semelhantes, rechaçando as pretensões de vinculação entre Direito e Justiça ou entre Direito e moralidade

Atualmente parece evidente recusar-se ao economista a prerrogativa de apontar a injustiça do sistema econômico ou emitir juízos valorativos sobre o desempenho econômico, compreendendo-se tais temáticas como estranhas à sua alçada.¹⁵⁰⁴ Nessa seara, a redução de escopo da Economia, analisada acima, desempenhou papel importante.¹⁵⁰⁵

A noção de um retorno individual em termos de renda e riqueza proporcional à contribuição individual para com a riqueza da sociedade é rechaçada como ideológica por muitos autores. Segundo Avelãs Nunes,

se não houver uma 'justificação moral' para as *diferenças de rendimento* e para a *diferença de natureza* dos rendimentos dos trabalhadores e dos rendimentos dos capitalistas, é inevitável a conclusão de que a 'votação' do mercado está viciada à partida e conduz a resultados injustos, que reflectem e ajudam a perpetuar as estruturas (de poder) que geram e mantêm as diferenças de rendimentos.¹⁵⁰⁶

A questão da moralidade impacta, ainda, na teoria do comportamento humano pressuposto pela *mainstream economics*. Amartya Sen em seu livro intitulado “Sobre Ética e Economia” (*On Ethics & Economics*), evidencia a existência de duas tradições no pensamento econômico, uma vinculada a Ética - remontando ao pensamento e a questões colocadas por Sócrates e Aristóteles – e outra dela desvinculada – remontando ao pensamento de Kautilya, autor do *Arthashastra*, texto indiano do século IV a.C.¹⁵⁰⁷

existentes sob o jusnaturalismo em suas diversas variantes, em um processo que não é desvinculado do surgimento do Estado moderno. De se observar que tal separação ou amoralização do direito vêm sendo gradativamente questionada pelo pós-positivismo, através de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, entre outros, que sustentam, de variadas formas, a possibilidade ou mesmo a necessidade de uma conexão entre direito e moralidade.

¹⁵⁰⁴ GALBRAITH, J. K. **Pensamento econômico** *cit.* pp. 112-113.

¹⁵⁰⁵ HEILBRONER, R. *apud* LINDBECK, A. *op. cit.* p. 175. “A economia convencional (...) está muitas vezes em pequena-escala em seus enfoques e preocupações: excessivamente tecnicizada; indiferente ou com medo de questões que envolvam a estrutura social; e cega ao mau funcionamento social até esse mau funcionamento ter sido descoberto por outro (...)” LINDBECK, A. *ibid.*

¹⁵⁰⁶ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 64.

¹⁵⁰⁷ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.*, pp. 19 e ss. *Arthashastra* em sânscrito seria algo como “instruções para a prosperidade material”. SEN, A. *id.* p. 21.

Apesar da enorme difusão da concepção atual de Economia, Sen considera extraordinário o fato de ter a disciplina se desenvolvido caracterizando a motivação humana em termos que considera “espetacularmente restritos.”¹⁵⁰⁸

Assevera o Nobel que “uma razão dessa singularidade é que a economia supostamente se ocupa de pessoas reais”, observando ser “difícil crer que pessoas reais poderiam ser totalmente indiferentes ao alcance do auto-exame induzido pela questão socrática ‘Como devemos viver?’ (...), fundamentalmente motivadora da ética.”¹⁵⁰⁹

Sen evidencia que a Ética e a Economia foram considerados saberes muito próximos, sendo que o segundo fora inclusive concebido como parte ou ramificação do primeiro. No entanto, a concepção contemporânea daria razão à afirmação de Lionel Robbins no sentido de que seria “logicamente impossível” associar tais saberes.¹⁵¹⁰ Observa Sen que

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. Ele considera a política ‘a arte mestra’. A política tem que usar ‘as demais ciências’, inclusive a economia, e ‘como, por outro lado, legisla sobre o que devemos e o que não devemos fazer, a finalidade dessa ciência precisa incluir a das outras, para que essa finalidade seja o bem para o homem’. O estudo da economia, embora relacionado imediatamente à busca da riqueza, em um nível mais profundo está ligado a outros estudos, abrangendo a avaliação e intensificação de objetivos mais básicos. ‘A vida empenhada no ganho é uma vida imposta, e evidentemente a riqueza não é o bem que buscamos, sendo ela apenas útil e no interesse de outra coisa.’ 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.¹⁵¹¹

¹⁵⁰⁸ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 17. Observa o economista indiano a ausência de bonomia nos estudos modernos de Economia, reconhecendo que em seu bojo, “na análise do comportamento humano não figuram significativamente considerações éticas de sentido profundo.” SEN, A. *id.* p. 22.

¹⁵⁰⁹ SEN, A. *id.* p. 18. Questiona o autor se as pessoas estudadas pela economia poderiam ser realmente tão grandemente insensíveis à questão e comportar-se da maneira rudimentar que lhes é imputada pela concepção contemporânea da Economia. SEN, A. *ibid.*

¹⁵¹⁰ SEN, A. *ibid.* Sen recorda que Adam Smith era professor de Filosofia Moral em Glasgow. SEN, A. *ibid.*

¹⁵¹¹ SEN, A. *id.* p. 19.

No mesmo sentido, Avelãs Nunes consigna que os estudos de temas econômicos anteriores ao século XVIII encontravam-se insertos em textos de Filosofia moral, Política ou Direito, não ostentando autonomia, considerando-se a esfera econômica como simples meio para a realização de valores ou fins de ordem moral ou religiosa ou ainda políticos, como ocorrera sob o mercantilismo.¹⁵¹²

Segundo Amartya Sen, “não há margem em tudo isso para dissociar o estudo da economia do estudo da ética e da filosofia política.” Observa o autor que a visão segundo a qual a Economia deve levar em conta a questão ética crucial de “Como devemos viver?” não significa sustentar a visão de que as pessoas sempre agiriam da maneira que defendem moralmente, mas tão somente no reconhecimento de que as deliberações éticas não podem ser consideradas irrelevantes no que diz respeito ao comportamento humano real.¹⁵¹³

Trata-se da abordagem da motivação do comportamento humano denominada “concepção da motivação relacionada com a ética”.¹⁵¹⁴

O autor aborda ainda o que denomina “concepção da realização social relacionada à ética”, irredutível a um critério simplista de satisfazer a eficiência.¹⁵¹⁵ Observa para tanto que Aristóteles sustentava que a finalidade de atingir o bem para o homem era admitida como um fim da Economia, mas que a mesma finalidade no que diz respeito a uma nação – ou cidades-Estado – seria ainda mais importante.¹⁵¹⁶

¹⁵¹² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p.9.

¹⁵¹³ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 20.

¹⁵¹⁴ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 20.

¹⁵¹⁵ Ensina Avelãs Nunes que “nas formações sociais pré-capitalistas, a produção está em absoluto subordinada ao consumo, mas o consumo não é um fim em si mesmo, não passando – como observa Claudio Napoleoni – de simples condição material para o desenvolvimento das atividades (a cultura, a guerra, etc.) que então se admitia corresponderem à ‘dignidade’ do homem.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 9.

¹⁵¹⁶ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 20.

A irreduzibilidade da indagação econômica à eficiência faz com que se tenha de buscar uma concepção mais ampla ou abrangente de “bem”, devendo-se compreender na relação com a Ética e com a Política as tarefas da Economia.¹⁵¹⁷

Sen critica a abordagem “engenheira” da Economia, consubstanciada na tendência ocupada com questões primordialmente logísticas e caracterizada pela renúncia a qualquer discussão relativa aos fins supremos da Economia, considerando-os como dados e reduzindo a disciplina ao estudo dos meios de atingi-los.¹⁵¹⁸

Embora reconheça o valor dos avanços no saber econômico proporcionado pela visão da Economia com enfoque logístico ou engenheiro, Sen reclama o resgate do enfoque ético, equilibrando ambos¹⁵¹⁹, sustentando, ainda, que a Economia teria sido “substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética”.¹⁵²⁰

¹⁵¹⁷ SEN, A. *ibid.* Não por acaso a Economia denominava-se até o século XIX de Economia Política, e não por acaso o movimento marginalista do final daquele século varreu a noção de Política do pensamento econômico, fundando a ortodoxia atual.

¹⁵¹⁸ SEN, A. *ibid.* Observa o autor que “Essa abordagem ‘engenheira’ da economia proveio de várias direções e inclusive – a propósito – foi desenvolvida por alguns engenheiros de fato, como Leon Walras, economista francês do século XIX que muito contribuiu para resolver numerosos problemas técnicos das relações econômicas, especialmente aqueles ligados ao funcionamento dos mercados.” SEN, A. *id.* pp. 20-21.

¹⁵¹⁹ SEN, A. *id.* p. 22. O autor observa que questões relacionadas à ética, à motivação e à realização social fizeram-se mais presentes no pensamento de economistas como Adam Smith, John Stuart Mill, Karl Marx ou Francis Edgeworth (1845-1926) do que em outros. SEN, A. *ibid.*

¹⁵²⁰ SEN, A. *id.* pp. 23-24. O autor sustenta, exemplificativamente, as possibilidades proporcionadas por elementos como a “teoria do equilíbrio geral”, apesar do espírito de descaso pela abordagem ética com que foram elaboradas: “Para ilustrar, essa observação aplica-se perfeitamente à análise causal dos tragicamente reais problemas da fome individual e coletiva no mundo moderno. O fato de a fome coletiva ser causada mesmo em situações de grande e crescente disponibilidade de alimentos pode ser mais bem compreendido trazendo-se para a análise os padrões de interdependência que a teoria do equilíbrio geral ressaltou e enfocou. Em particular, revela-se que as fomes coletivas frequentemente têm pouquíssima relação com a oferta de alimentos, apresentando, em vez disso, antecedentes causais em outros pontos da economia, relacionados por meio da interdependência econômica geral.” SEN, A. *id.* p. 24. Ressalve-se que para Sen a perda acarretada pelo distanciamento entre Ética e Economia foi bilateral. SEN, A. *id.* p. 25. O autor sustenta possuir a economia instrumental metodológico apto a auxiliar no tratamento de problemas éticos complexos, e que mesmo reconhecendo-se a importância intrínseca de muitas considerações, e não instrumental, a importância da análise instrumental e consequencial não restaria esvaziada, pois “variáveis intrinsecamente importantes *também* podem ter papéis instrumentais, influenciando outras coisas intrinsecamente importantes.” SEN, A. *id.* pp. 25-26.

Apesar disso, reconhece que modelos teóricos altamente abstratos e concepções extremamente restritas da motivação humana podem, ainda, revelar importância prática considerável e revelarem-se úteis para a compreensão de muitas relações sociais relevantes, mas que as potencialidades da Economia podem ser aumentadas pela inclusão de considerações éticas.¹⁵²¹

Ainda há que se observar que a questão do afastamento entre Economia e Ética encontra-se vinculado à noção já mencionada de neutralidade¹⁵²² e objetividade científica, e à ideia de autores no sentido de uma Ciência Econômica pura.

Tais concepções são de se rechaçar, haja vista a plausibilidade muito maior no sentido da difícil separação dos elementos cognitivos e emotivos na formulação de teorizações pelos cientistas. Tal constatação leva autores como Gunnar Myrdal a sustentar a impossibilidade de uma neutralidade e objetividade científicas e, portanto, a defender um dever ético e científico aos pesquisadores no sentido de esclarecerem aberta e explicitamente suas premissas, no plano dos valores.¹⁵²³ No mesmo sentido o entendimento de Robert Heilbroner, para quem "a Economia não é e não deve ser isenta de valores."¹⁵²⁴

Conclusivamente, de se observar que a amoralização da Economia científica justifica e naturaliza efeitos socialmente e moralmente discutíveis da operação do sistema econômico e da orientação das políticas econômicas.

¹⁵²¹ SEN, A. *id.* p. 25. Ressalva o autor: "não estou afirmando que a abordagem não ética da economia tem de ser improdutiva", e, ainda, "não é meu objetivo descartar o que foi ou está sendo alcançado, e sim, inquestionavelmente, exigir mais." SEN, A. *ibid.*

¹⁵²² E consignando-se ainda que de acordo com Homa Katouzian a neutralidade, indiferença ou imparcialidade não é necessariamente correta e tampouco necessariamente superior relativamente a um comprometimento consciente. NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 83.

¹⁵²³ NUNES, A. J. A. *id.* pp. 80-81. António José Avelãs Nunes observa, ainda, sobre o particular, que "Gunnar Myrdal (Prémio Nobel da Economia) não hesita em afirmar que 'nunca existiu uma ciência social 'desinteressada' e, por razões lógicas, nunca poderá existir.' Na sua opinião, a 'única forma de podermos atingir a 'objectividade' na actividade teórica consiste em expor claramente as valorações, torná-las consistentes, bem definidas e explícitas, permitindo que os seus efeitos condicionem a nossa investigação, mas de uma forma clara." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 81.

¹⁵²⁴ NUNES, A. J. A. *id.* pp. 81-82.

Exemplificativamente de se recordar, como observa com Avelãs Nunes, que no atual sistema econômico os esforços não têm sido envidados no sentido para resolver problemas suscitados pela escassez, mas para evitar excedentes, como no caso dos subsídios pagos no âmbito da União Europeia, o que evidencia os limites éticos da prática econômica atual.

O autor observa que em tal contexto, a fome existente e crescente não se deve a escassez de recursos naturais, humanos e técnicos, e sustenta, com Sen, que um problema moral da magnitude daquele da fome – existente apesar da civilização da abundância circundante e da abundância de bens – é passível de explicação pela falta de direitos, mas não pela falta de bens.¹⁵²⁵

Em função de problemas desse gênero, a relação entre Economia, Direito, Ética e Justiça são da maior relevância teórica e prática, devendo ser abordados ao se pretender estudar o campo jurídico a partir do saber econômico. A análise econômica dos direitos subjetivos e seus efeitos, assim como os problemas relativos à eficiência e à justiça distributiva são do maior relevo. Tal temática será objeto de exploração aprofundada no Capítulo IV.

Feita esta breve análise crítica de alguns aspectos centrais do pensamento econômico contemporâneo, resta examinar criticamente as visões economicistas do Direito, representadas pelas teorizações de Hayek e de Posner, já expostas sumariamente no Capítulo II.

3.2 CRÍTICA DAS VISÕES ECONOMICISTAS SOBRE O DIREITO

Após a revisão crítica de alguns aspectos importantes do pensamento da ortodoxia econômica contemporânea, com vistas à evidenciação de suas limitações e seus problemas, insta realizar o mesmo processo de análise crítica relativamente à

¹⁵²⁵ NUNES, A. J. A. *id.* p. 75. Arrematando: "O problema fundamental não é, pois, a escassez, mas a organização da sociedade." NUNES, A. J. A. *ibid.*

ortodoxia das visões economicistas sobre o Direito, nomeadamente às teorizações de Hayek e às concepções posnerianas basilares da Escola de Chicago, visitadas no Capítulo II.

No presente item realizar-se-ão portanto pontuações iniciais acerca de aspectos centrais do pensamento de Hayek e, em seguida, sobre aspectos centrais das teorizações de Posner acerca da Análise Econômica do Direito, com vistas à sua apreciação crítica.

Iniciar-se-á examinando o ceticismo gnoseológico e a crítica de Hayek ao racionalismo construtivista, assim como suas concepções acerca de *taxís* e *cosmos* e entre *tesis* e *nomos*. Examinar-se-ão, em seguida, o construto teórico do *homo economicus* e a Teoria da Escolha Racional que lhe serve de alicerce, bem como a questão do individualismo metodológico.

Por fim far-se-á uma revisão crítica da concepção eficientista do Direito sustentada por Posner e pela Escola de Chicago, bem como do critério de maximização da riqueza por ele sustentado, questão análoga à da definição da eficiência abordada no tópico precedente.

3.2.1 O ceticismo gnoseológico de Hayek e a crítica ao racionalismo construtivista.

Restou evidenciado no Capítulo II a relevância da Teoria da Informação para a fundamentação das teorizações de Hayek e para sua objeção às concepções planificadoras calcadas no racionalismo construtivista, que considera não factíveis, além de tendentes a concepções totalitárias de organização social e, portanto, danosas à liberdade individual.¹⁵²⁶

¹⁵²⁶ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** vol. I *cit.* p. 7.

Com base em um ceticismo gnoseológico acentuado, Hayek sustenta que a ausência da capacidade de compreensão da complexa realidade por qualquer ser humano seria a base da impossibilidade de uma condução planificada da sociedade em direção a um fim predeterminado.¹⁵²⁷

Convém observar, no entanto, que a afirmação de Hayek acerca da impossibilidade de qualquer ser humano conhecer a realidade e todas as implicações das múltiplas ações e possibilidades de ação na sociedade curiosamente não se traduz em todos os momentos de seu pensamento.

Percebe-se que seu ceticismo gnoseológico parece operar seletivamente, pois de seus escritos depreende-se que, se de um lado a realidade é concebida como demasiadamente complexa para apreensão pela mente humana – e, conseqüentemente, para planificação, na acepção latíssima por ele adotada –, de outro o autor afirma dogmaticamente certas verdades nada óbvias sobre questões de elevada complexidade.

Apesar de buscar fundamentar sua rejeição ao coletivismo entendido em sentido muito amplo, abrangendo desde o socialismo totalitário até os vários sistemas social-democratas¹⁵²⁸ – Hayek não demonstra muita humildade intelectual ao fazer certas afirmações acerca das complexas ordens sobre as quais teoriza e dos diferentes tipos de normas que são objeto de suas reflexões.

Com efeito, sem qualquer pendor à incerteza ou à cautela com relação ao que afirma como verdadeiro, o autor sustenta que certas instituições constituiriam uma ordem espontânea, originada sem ser fruto da vontade ou do desígnio de quem quer que seja, sem demonstrar, no entanto, com base em que elementos se poderia seguramente afirmá-lo.

Assim relativamente ao mercado, afirma peremptoriamente ser oriundo de uma ordem espontaneamente surgida da interação entre os indivíduos e, portanto,

¹⁵²⁷ HAYEK, F. A. *id.* p. 49.

¹⁵²⁸ A simples inclusão de regimes tão diversos quanto os socialismos reais de matiz soviética e os socialismos liberais e democráticos da Europa Central é passível de sérios questionamentos.

uma ordem decorrente da evolução e, por isso mesmo, supostamente superior a organizações ou ordens feitas.¹⁵²⁹

No entanto, não é evidente por si – e tampouco consenso unânime – que o mercado seja uma instituição cujo surgimento tenha se dado espontaneamente, havendo visões que sustentam que o mesmo seria uma instituição socialmente criada com finalidades específicas.¹⁵³⁰

Além disso, várias das instituições que integram a ordem de mercado também podem, plausivelmente, ser consideradas como decorrentes da criação humana, e não de um surgimento espontâneo e natural a partir de concepções evolucionistas como as sustentadas pelo austríaco.

Portanto chama a atenção no pensamento hayekiano quanto ao particular a adesão de um ceticismo gnoseológico pronunciado em certos aspectos e, não obstante, a realização de algumas afirmações peremptórias, quase dogmáticas, sem um cuidado maior com sua fundamentação ou demonstração.¹⁵³¹

Isto ocorre por mais de uma vez ao longo dos escritos de Hayek como, exemplificativamente, nas afirmações que faz a respeito das diferenças essenciais entre *nomos* ou normas de conduta justa e *taxis* ou normas de organização.¹⁵³²

Por outro lado, deve-se observar que teorizações também baseadas em incerteza e probabilidade serviram para justificar e fundamentar concepções diametralmente opostas acerca da possibilidade de algum planejamento social – e não necessariamente o planejamento central de toda a atividade econômica, como parece querer fazer crer o austríaco.

Com efeito, ninguém menos do que John Maynard Keynes estudou intensivamente a questão da incerteza e da probabilidade e as utilizou com base de

¹⁵²⁹ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** vol. I *cit.* pp. 4-5.

¹⁵³⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 69.

¹⁵³¹ Hayek não apenas não demonstra que o mercado e suas instituições seriam oriundos de evolução espontânea, como também não demonstra qualquer elemento plausível para evidenciar afirmações como aquelas no sentido de que as ordens espontâneas seriam superiores às ordens feitas.

¹⁵³² HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade** vol. I *cit.* pp. 35 e ss.

suas teorizações que sustentaram uma visão do Estado como protagonista e regente da ordem econômica e social – concepção diametralmente oposta à de Hayek. Como observa Luís Catão, “característica ímpar do keynesianismo desde o início tem sido a importância analítica atribuída à incerteza sobre o futuro.”¹⁵³³

Keynes apercebera-se que a Economia não poderia ser considerada uma ciência exata, dado o número demasiadamente elevado de variáveis e sua instabilidade inerente. Desse modo, a questão da incerteza revela-se cada vez mais importante no pensamento de Keynes.¹⁵³⁴

A ideias de Keynes em matéria de probabilidade vão ao encontro da crise do determinismo da Física clássica de sua época, com o surgimento de novas lógicas e ênfase nos conceitos de acaso e probabilidade.

Nesse momento histórico a possibilidade de racionalização quanto ao curso dos eventos passa a ser questionada e a incerteza quanto à consequência das ações passa a ser frisada.¹⁵³⁵ Nesse contexto Keynes desmonta a teoria clássica da probabilidade¹⁵³⁶ e cria a teoria subjetiva ou relacional da probabilidade:

¹⁵³³ CATÃO, L. Do Tratado sobre a probabilidade à Teoria Geral: o conceito de racionalidade em Keynes. **Revista de Economia Política**, v. 12, n. 1, jan./mar. 1992, p. 60. Como observa o autor, a teoria da racionalidade em Keynes só é discutida amplamente na obra *Tratado sobre a probabilidade*, que antecedeu em quinze anos a publicação da *Teoria Geral do emprego e da renda*, tendo sido negligenciada pelos economistas apesar da importância reconhecida por filósofos como Popper. *Ibid.*

¹⁵³⁴ FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 439-440.

¹⁵³⁵ FEIJÓ, R. *id.* p. 438.

¹⁵³⁶ A teoria clássica da probabilidade é atribuída a Pierre Simon Laplace (1749-1827), que concebia a probabilidade de um evento como o resultado da divisão do número de casos favoráveis pelo número de casos possíveis, sem recurso à experimentação. Já a teoria subjetivista da probabilidade sustenta que a probabilidade de um acontecimento o grau de crença em sua ocorrência. Há outras orientações, como a teoria empirista de Von Mises, segundo a qual embora haja uma expectativa acerca da probabilidade da ocorrência de um evento (p. ex.: 50% de chance de um lançamento de uma moeda resultar em “cara” e outros 50% em “coroa”), a experimentação conduz a resultados irregulares e imprevisíveis, de modo que a probabilidade de um evento é definida como fruto da divisão entre o número de ocorrências de um evento e o número de tentativas (frequência relativa). Em síntese, como evidencia John Kay em texto publicado na revista *Valor Econômico* de 15.08.2012, “para Keynes, a probabilidade tinha a ver com credibilidade, e não frequência. Ele negou que nosso pensamento pudesse ser descrito por uma distribuição de probabilidades associada a todos os possíveis eventos futuros.”

A compreensão da ação humana requer algo mais que a mera observância de frequências de eventos passados. É preciso adentrar a lógica da tomada de decisão. Keynes em seu trabalho em probabilidade busca compreender a conduta humana para derivar os meios de influenciá-la. Não há um padrão preestabelecido que controle as ações humanas. Tais ações dependem do conjunto prévio de crenças e opiniões que comanda a racionalidade individual de quem age. No estudo do comportamento humano, contra a aplicação da visão causal típica da Física clássica, Keynes enfatiza a visão não determinista. O ensaio em probabilidade busca um ponto de partida na tentativa de fundamentação probabilística das crenças individuais.¹⁵³⁷

Do estudo de Keynes acerca da temática percebe-se que as concepções do economista inglês, basilares a um protagonismo estatal no sentido de regular o sistema econômico, não desconsidera mas, antes, parte da própria ideia de incerteza.¹⁵³⁸

Da afirmação da incerteza e da complexidade da realidade não se depreende, necessariamente, a impossibilidade de qualquer conhecimento ou de qualquer planejamento. Pelo contrário, o próprio Hayek admite a possibilidade de ação racional dos indivíduos em face dos *feedbacks* positivos e negativos obtidos a partir do resultado de seus cursos de ação.¹⁵³⁹

Por outro lado, propugnar algum grau de planejamento das atividades econômicas não implica, necessariamente, sustentar a planificação de todo o sistema econômico, muito menos fazê-lo necessariamente de maneira centralizada.

Além disso, de se observar que se a planificação pode conduzir a efeitos inesperados ou indesejados, o mesmo pode ser afirmado dos cursos de ação espontâneos e não-regulados, frutos da alea, e as experiências históricas do liberalismo econômico têm proporcionado evidência empírica considerável nesse sentido.

¹⁵³⁷ FEIJÓ, R. *op. cit.* pp. 438-439. Note-se o impacto de tais concepções também sobre a noção de *homo economicus* e sobre a Teoria da Escolha Racional.

¹⁵³⁸ Ao contrário, instituições como os sistemas de proteção social e os direitos sociais que lhes são inerentes podem ser concebidos e racionalmente fundados exatamente na concepção de proteções contra a incerteza relativamente ao curso dos eventos. Várias outras instituições jurídicas – como os seguros – e o próprio Direito podem ser concebidos plausivelmente a partir de um ponto de vista semelhante.

¹⁵³⁹ RIBEIRO, F. C. *op. cit.* p. 73.

3.2.2 A visão de Hayek sobre ordem espontânea e ordem feita

A afirmação de Hayek da supremacia da ordem espontânea ou *kosmos* sobre a ordem feita ou *taxis* consiste outro ponto relevante e passível de reflexão crítica. Sustenta o autor que apenas a ordem espontânea seria capaz de abarcar fenômenos de intensa complexidade, ao passo que a ordem feita não o seria, não possuindo a primeira uma finalidade específica ou pré-determinada.¹⁵⁴⁰

Para ele, o conhecimento acerca das ordens espontâneas seria valioso na medida em que proporcionaria formação de expectativas corretas que orientariam a ação individual em face do entorno, permitindo o ajuste de seu comportamento com vistas à consecução de suas finalidades na vida.¹⁵⁴¹

A visão de superioridade da ordem espontânea relativamente à ordem feita no pensamento de Hayek serve à sustentação, por este autor, de um ponto de vista segundo o qual não seria possível atribuir intencionalmente uma finalidade a certas ordens, sob pena de descaracterizá-las, convertendo-as em organizações, de efeitos imprevisíveis e, ainda, à custa da liberdade individual, como visto.¹⁵⁴²

Além disso, a destruição da ordem espontânea com sua substituição pela ordem feita acarretaria a impossibilidade da utilização de todo o saber disperso na sociedade. Sendo a sociedade uma ordem espontânea, não caberia ao governo ou ao Estado estabelecer-lhe quaisquer fins, portanto, mas apenas assegurar-lhe o correto funcionamento.¹⁵⁴³

Embora plausíveis as argumentações hayekianas acerca da impossibilidade da onisciência e das limitações cognitivas humanas, bem como da evidência de que,

¹⁵⁴⁰ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 165. Tal concepção visa justificar as aberrações e as irracionalidades criadas pelo sistema econômico.

¹⁵⁴¹ HAYEK, F. A. *id.* p. 42.

¹⁵⁴² HAYEK F. A. *id.* p. XLI.

¹⁵⁴³ HAYEK, F. A. *id.* p. 113. De modo que em grande parte a discussão relevante aqui já fora realizada no tópico anterior dedicado à interação do Estado e do mercado e à noção de equilíbrio ou do suposto caráter autorregulador do mercado.

em determinadas circunstâncias ordens espontâneas são passíveis de surgimento¹⁵⁴⁴, restam questões sérias acerca de suas ponderações no particular.

Com efeito, considerando as próprias premissas do autor – impossibilidade de onisciência e limitações cognitivas humanas – restam muito pouco evidentes as razões da afirmada e suposta superioridade da ordem espontânea sobre a ordem feita, bem como – conforme já afirmado acima – a interpretação de alguns fenômenos como ordem espontânea, e não como ordem feita.¹⁵⁴⁵

Partindo-se de uma afirmação simples do autor calcada em tais concepções – a de que os efeitos das interações humanas seriam imprevisíveis – pode-se objetar a afirmação segundo a qual uma ordem desprovida de uma finalidade específica seria superior a uma ordem – ainda que mais simples – estatuída consciente e voluntariamente com vistas à consecução de finalidades pré-determinadas.

Ainda que tal ordem tivesse necessariamente que ser relativamente simples e ainda que tais finalidades tivessem de ser necessariamente poucas e modestas, em face da imprevisibilidade e da incerteza, os frutos de ordens feitas simples podem ser de elevada importância social.

A afirmação da superioridade das ordens espontâneas parece partir de uma visão apologética da liberdade individual, concebida como um fim último, desconsiderando exatamente a complexidade das relações da sociedade que podem influenciar-se reciprocamente e descurando de toda uma gama de fatores importantes que podem ser influenciados pelo comportamento humano completamente livre de limitações.

¹⁵⁴⁴ Com efeito, como demonstram vários campos do saber, como a Antropologia e a Teoria dos Jogos, as interações humanas ou mesmo animais podem, sem deliberação consciente, estabelecer normas de cooperação ou convívio. Nesse sentido evidências nas experiências de Robert Axelrod (MACKAAY, E. *op. cit.* capítulo 2, p. 22) e ainda estudos de Antropologia Jurídica de SACCO, R. *op. cit.* pp. 60 e ss.

¹⁵⁴⁵ Como evidencia Avelãs Nunes com base no pensamento de Galbraith, "a *soberania do produtor* significa, para Galbraith, a capacidade das grandes organizações empresariais para 'planificar' a economia. E sustenta que 'a planificação é inerente ao sistema industrial', porque planificar significa 'o exercício sistemático da previsão' e a necessidade deste exercício (...) resulta de circunstâncias inerentes à moderna sociedade industrial." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 66. Portanto, com base em Galbraith, é possível mesmo questionar a definição do mercado e de suas instituições como ordens espontâneas e não-planificadas, sendo plausível concebê-las, contrariamente, como ordens planificadas pelas empresas, com recurso às autoridades governamentais através de *lobbying*, com vistas à consecução de uma finalidade, qual seja, a do lucro.

A liberdade, como é sabido, pode ser afetada significativamente não apenas pela imposição de normas estabelecendo uma finalidade social, mas também – e quiçá com frequência muito maior – por situações de fato, como relações de poder.

O poder, em suas variadas facetas – econômico, político, ideológico, entre outras – coloca alguém em condições de impor sua vontade a outrem a despeito da vontade deste último, o que, indubitavelmente, constitui uma restrição, não raro severa, à liberdade.

Por outro lado, situações de privação de recursos impactam fortemente sobre a liberdade individual, e situações de desigualdade social extrema podem e comumente costumam ser fatores criminógenos que acabam por influenciar na liberdade em sociedade.

Apenas a defesa ideologizada de uma faceta específica da liberdade – a liberdade econômica, compreendida como possibilidade irrestrita de busca contínua de lucros crescentes – pode sustentar uma visão segundo a qual a melhor ordem é, supostamente, uma ordem espontânea para a qual o resultado de diferentes indivíduos ou grupos é absolutamente indiferente.

Portanto, embora se concorde com o argumento geral em prol da liberdade e da limitação da possibilidade do poder político impor finalidades à sociedade – e, conseqüentemente, restrições à liberdade em suas diversas facetas –, bem como da necessidade de âmbitos da vida resguardados da intervenção estatal ou governamental, não se pode endossar pura e simplesmente uma visão apologética da ordem espontânea e uma afirmação dogmática de sua superioridade.¹⁵⁴⁶

A afirmação de Hayek de que não se poderia combinar em qualquer grau ordem espontânea e ordem feita¹⁵⁴⁷ também não é fundamentada ou demonstrada, apenas afirmada, e parece desafiar experiências históricas em que se combinaram

¹⁵⁴⁶ As propostas de Hayek podem ser vistas como verdadeiramente reacionárias, pois, como ensina Gilmar Antonio Bedin, propugnam por uma sociedade típica dos séculos XVIII e XIX. Nas palavras desse autor, “diante, portanto, de uma proposta de sociedade baseada na volta ao capitalismo neolítico, à mão invisível e ao ideário do *laissez-faire*, ao Estado como guarda noturno e, em consequência, ao império do capital e ao livre jogo das mercadorias, inclusive do ser humano.” BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 166.

¹⁵⁴⁷ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 48.

uma ordem de mercado e uma ampla rede de serviços sociais em sociedades que de modo algum poderiam ser consideradas totalitárias.¹⁵⁴⁸

Do mesmo modo, a concepção da sociedade e do mercado, tal como os conhecemos, como sendo ordens espontâneas não é nada evidente e pode ser contestada sem muita dificuldade.¹⁵⁴⁹

Embora estudos antropológicos e sociológicos demonstrem evidências da possibilidade de algumas sociedades que seriam verdadeiras ordens espontâneas, não criadas deliberadamente por nenhuma consciência ou vontade, a regra já há muito são as sociedades organizadas em torno de um poder político central, cujas características em grande medida são exatamente fruto dos desígnios de tal poder político.

Desde as cidades-Estado gregas até os Estados-nação modernos, passando por civilizações organizadas em Impérios, o poder político tem historicamente precedido e protagonizado a organização de sociedades, influenciando e definindo deliberadamente desde as dimensões territoriais até outros aspectos centrais da organização social.

Pouca evidência histórica parece corroborar suficientemente a interpretação das sociedades contemporâneas como ordens espontâneas, parecendo muito mais plausível concebê-las como ordens feitas, decorrentes da consciência e do desígnio humanos, expressos pela política.¹⁵⁵⁰

¹⁵⁴⁸ As várias experiências de Estado social havidas desde a década de 1940 até a década de 1980 em diversos países da Europa, e.g., podem ser consideradas exemplos eloquentes. A forma de organização social ainda mantida atualmente por alguns países, como os países do Norte da Europa, igualmente constituem experiências históricas concretas que desafiam a noção antitética de ordem espontânea e ordem feita e a afirmação de impossibilidade de variadas combinações entre ordem de mercado e outras formas de organização.

¹⁵⁴⁹ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 69. Veja-se, ainda ROSANVALLON, R. **Le capitalisme utopique**: histoire de l'idée de marché, especialmente pp. 70 e ss.

¹⁵⁵⁰ Sem necessariamente recair-se em concepções contratualistas, criticadas por Hayek. As concepções conflitualistas, também denominadas teorias da conquista, dão uma visão alternativa e plausível do ponto de vista antropológico, sociológico e histórico acerca das origens da sociedade contemporânea, a partir de trabalhos como os de Ludwig Gumplowicz e de Franz Oppenheimer. TREVES, R. **Sociologia do Direito**: origens, pesquisas e problemas. 3 ed. Trad. Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004, pp. 62 e ss.

O mesmo se pode afirmar sobre o mercado. Como recorda Avelãs Nunes, para muitos o mercado não pode ser concebido como um puro mecanismo natural de afetação eficiente e neutra de recursos escassos e autorregulável. Observa aquele autor que

Para quem assim pensa, o mercado deve antes considerar-se, como o estado, uma *instituição social*, um produto da história, uma *criação histórica* da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias económicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma *instituição política* destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais.¹⁵⁵¹

Além disso, ainda que se concebesse o mercado como uma ordem espontânea, pode-se vislumbrar um problema na afirmação de Hayek de que o mesmo, como tal, seria desprovido de um fim pois, em uma visão o mercado poderia ser considerado uma ordem voltada à satisfação das necessidades humanas, ou, em outra perspectiva, uma instituição voltada à obtenção de lucros; ou ainda, de ambos. De qualquer modo, portanto, uma ordem – ou instituição – dirigida a fins, em dissonância com as teorizações do austríaco.

Assim, uma primeira crítica à visão hayekiana quanto ao particular seria sua inconsistência ou incoerência, pois ao mesmo tempo em que argumenta com base na incerteza e nas limitações cognitivas para combater o racionalismo construtivista, sustenta visões dogmáticas, certezas indiscutíveis, acerca de fenômenos sociais, económicos e políticos complexos e controvertidos.

Tampouco a alegada supremacia da ordem espontânea sobre a ordem feita resta demonstrada, nem mesmo momentaneamente, nos escritos do autor. Ao que parece a defesa da supremacia de uma suposta ordem espontânea sobre a ordem feita revela nada mais ser do que a velha argumentação contrária à intervenção do

¹⁵⁵¹ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 69. Aduzindo logo em seguida que "segundo este outro ponto de vista, o mercado e o estado são ambas instituições sociais ('longe de serem 'naturais', os mercados são políticos' – David Miliband), que não só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformando-se um ao outro no processo da sua inter-acção." NUNES, A. J. A. *ibid.*

Estado na economia como roupagem teórica nova. Nesse sentido, observa Avelãs Nunes que

Vistas assim as coisas, a *defesa do mercado* veicula uma concepção acerca da *ordem social que se considera desejável* e configura uma atitude de *defesa da ordem social* que tem no mercado um de seus pilares. Tal como a *crítica do mercado* (por parte de marxistas, keynesianos, radicais ou ecologistas) veicula um *propósito de introduzir mudanças na ordem social estabelecida ou de a substituir por uma outra ordem social*.¹⁵⁵²

Ademais, o mercado ostenta plausivelmente fins – sejam eles a satisfação de necessidades ou a obtenção de lucros – de modo que se adequa muito mal à concepção hayekiana de *kosmos* tal como o próprio autor a formula.

Estes elementos, assim como a visão de complexos fenômenos sociopolíticos como Estados totalitários e autoritários em geral – ou autocracias – juntamente com outros completamente diversos como as diversas social-democracias, em uma mesma categoria supostamente tendente ao totalitarismo – coletivismo –, acabam por denunciar o elevado grau de ideologização das construções intelectuais do autor austríaco.

3.2.3 A visão de Hayek sobre as normas de conduta justas e a legislação

Outra distinção hayekiana basilar à sua compreensão do Direito é aquela feita entre normas de conduta justas ou *nomos* e legislação ou *thesis*, como visto no Capítulo II. Defende o autor que as primeiras possuiriam atributos especiais, como visto, e que seriam superiores às últimas, consistindo em normas efetivamente observadas, independente de sua enunciação formal, e em normas puramente abstratas.¹⁵⁵³

¹⁵⁵² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 70.

¹⁵⁵³ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p.15.

Sustentando a origem espontânea e decorrente de processos evolutivos das *nomos*, Hayek defende o papel do juiz como um aplicador de tais normas, jamais como o chefe de uma organização voltada a fins, limitando-se a dirimir litígios preservando a ordem existente e as legítimas expectativas nela fundadas.¹⁵⁵⁴

Note-se que neste ponto as concepções de Hayek parecem diametralmente opostas às de Posner e seus seguidores, pois enquanto o primeiro afirma a impossibilidade de se estabelecer fins cuja consecução seja uma meta das verdadeiras normas jurídicas – as normas de conduta justa – o segundo sustenta a atuação do Judiciário no sentido do atingimento de uma finalidade, qual seja, a maximização da riqueza.¹⁵⁵⁵

Afirmando que o Direito não poderia proibir todas as condutas que eventualmente prejudiquem alguém, Hayek sustenta que as normas de conduta justa proporcionariam balizas com base nas quais os indivíduos poderiam formar expectativas ao buscar atingir a suas próprias finalidades, e que o Direito não deveria perseguir fins ou ideais de justiça distributiva.¹⁵⁵⁶

Concebendo assim o Direito como um conjunto de normas de conduta justa integrantes de uma ordem espontânea, Hayek sustenta a capacidade da teoria econômica em contribuir, como nenhum outro saber, para com a compreensão do fenômeno jurídico.¹⁵⁵⁷

Como consequência de suas premissas, Hayek critica duramente a legislação social, que vê como danosa à liberdade dos indivíduos, como interferente na ordem espontânea social e de mercado e, ainda, como violadora da igualdade.¹⁵⁵⁸

¹⁵⁵⁴ HAYEK, F. A. *id.* p. 131.

¹⁵⁵⁵ POSNER, R. **Economics of Justice** *cit.* p. 6.

¹⁵⁵⁶ HAYEK, F. A. **Caminho da Servidão** *cit.* p. 111.

¹⁵⁵⁷ HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 133.

¹⁵⁵⁸ Por outro lado ignora – ou aceita como legítimos – resultados derivados de desigualdade ou violência reconhecidos por outros. Como ensina Avelãs Nunes, "na medida em que pressupõe o funcionamento da economia nas condições da concorrência perfeita, a *mainstream economics* ignora o *poder de mercado*. Mas fora da análise econômica ficam igualmente todas as formas de *poder*, bem como as *estruturas de poder* e as *relações de poder* que caracterizam a economia e a sociedade capitalistas." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 67.

Primeiramente deve-se observar que embora a concepção da possibilidade de normas de origem espontânea e não verbalizadas encontre respaldo na Antropologia e na Teoria dos Jogos, torna-se mais uma vez difícil vislumbrar quais os fundamentos ou evidências dos quais o autor extrai algumas de suas conclusões.

Uma dificuldade básica inicial seria a inconciliabilidade de sua concepção empírica de norma – as efetivamente observadas – com a própria concepção de norma no sentido que tem sido atribuído à expressão pela Filosofia Moral e pelo Direito há muito, calcada na compreensão de que as normas precisam ser distintas dos fatos para que possam regular a realidade, sua função primordial.¹⁵⁵⁹

Além das dificuldades em fundar uma compreensão de direito calcada na empiria – o próprio Hayek manifesta conhecimento acerca da premissa de que a partir dos fatos não se podem deduzir normas¹⁵⁶⁰ – outras se apresentam.

Não há critério distintivo que permita estabelecer com alguma segurança quais normas constituiriam *nomos* e quais constituiriam *thesis*, e o próprio pessimismo gnoseológico do autor corroboraria tal argumento, tampouco oferecendo algum critério distintivo.¹⁵⁶¹

Segundo o próprio autor as normas integrantes do direito propriamente dito – normas de conduta justa – emergiriam espontaneamente, mas poderiam ser modificadas, dentro de certos limites, pela legislação ou *thesis*.¹⁵⁶²

¹⁵⁵⁹ Por mais criticável que possa ser em alguns aspectos, a distinção entre *ser* e *dever*, vulgarizada por Kelsen, mas que remonta a Kant, funda-se exatamente na compreensão de que as normas são por definição vocacionadas a reger comportamentos possíveis e que sua eventual inobservância fática (inefetividade) não teria o condão de retirar-lhes a validade. A confusão dos níveis empírico e deontico pode retirar ao Direito sua essencial capacidade regulatória. A indistinção das dimensões do dever e do ser podem causar a indistinção de conceitos como o de norma moral, norma jurídica, hábito e costume.

¹⁵⁶⁰ Como visto no Capítulo II, o próprio Hayek o reconhece.

¹⁵⁶¹ Note-se que a sinonimização que Hayek faz entre normas feitas com Direito Público e normas espontâneas e Direito Privado é extremamente duvidosa. Com efeito, uma breve análise das normas jurídicas contemporaneamente concebidas como integrantes do Direito Privado evidenciaria seu caráter de normas criadas, e não espontâneas. Além disso, a despeito da insistência de alguns em visão oposta, há evidências veementes de que instituições como a propriedade privada e o contrato seriam instituições deliberadamente criadas pela ação humana, e não decorrentes de evolução espontânea, como pretende sustentar a visão ora analisada. Por fim, é no mínimo discutível conceber que normas de Direito Privado não possuiriam finalidades e que normas de Direito Público possuiriam.

¹⁵⁶² HAYEK, F. A. **Direito, Legislação e Liberdade**, vol. I, *cit.* p. 112.

Assim, seria impossível estabelecer com segurança quais normas vigentes em uma sociedade moderna qualquer seriam *nomos* e quais seriam *thesis*, não havendo justificativa para a pressuposição do autor de que normas relativas à liberdade em sentido amplo – vida, liberdade e bens – o seriam, com exclusão de outras.

A aparente isonomia e neutralidade da concepção de Direito sustentada pelo autor como normas de caráter abstrato e destituídas de uma finalidade pré-definida parece constituir fruto de uma inclinação no sentido de reconhecer a legitimidade de normas que protegem instituições de mercado e, ao mesmo tempo, recusar validade a outros tipos de normas, como aquelas que tomem em consideração situações de desigualdade material entre as partes de uma relação jurídica e visem reduzi-las, ou normas que pretendam servir a algum princípio de justiça distributiva.¹⁵⁶³

Também a concepção de que o resultado da operação das normas de conduta justa seria indiferente, podendo ser justo ou não, parece absolutamente enviesado ideologicamente, no sentido de buscar servir de expediente para legitimar ou justificar os resultados sociais e econômicos – entre outros – produzidos pela ordem de livre mercado capitalista, sem atentar para as externalidades negativas que produz.¹⁵⁶⁴

Desse modo, as teorizações e distinções dicotômicas que informam o pensamento do autor austríaco parecem ter sido elaboradas sob medida para

¹⁵⁶³ Como observa Avelãs Nunes, "J. K. Galbraith põe em relevo aspectos fundamentais em que a adoção da lógica da *soberania do produtor* conduziria a leituras da realidade e a políticas muito diferentes daquelas que resultam da ciência económica que, persistindo na defesa do postulado da soberania do consumidor, não contribui para esclarecer os fenómenos sociais, antes 'oculta a realidade', com 'o propósito de suprimir conclusões e acções sociais inconvenientes' e ajudar a reforçar a *soberania do produtor* que faz por ignorar." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** cit. p. 66.

¹⁵⁶⁴ Com efeito, parece plausível sustentar que as instituições de mercado contemporâneas, em seu processo produtivo, produzem um elevado custo social e externalidades de cunho social e ambiental, como o desemprego, a desigualdade social, a criminalidade, a degradação do meio-ambiente, entre outras. Como observa Avelãs Nunes, "problemas como o da poluição não cabem na lógica da análise marginalista, que compara *custos* e *benefícios privados*, mas não é sensível aos *custos sociais* de um crescimento baseado na maximização dos lucros, nem é capaz de comparar *custos sociais* e *benefícios sociais*." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** cit. p. 73.

naturalizar e justificar as aberrações e irracionalidades da operação livre e desimpedida dos atores do mercado no modo de produção capitalista.¹⁵⁶⁵

3.2.4 O *homo economicus*, a Teoria da Escolha Racional e o individualismo metodológico.

Ingressando na crítica à visão da Análise Econômica do Direito sustentada pela Escola de Chicago e por Richar Allen Posner, insta iniciar a análise a partir de dois aspectos fundamentais da mesma, quais sejam, o conceito de *homo economicus*, a Teoria da Escolha Racional e o individualismo metodológico.¹⁵⁶⁶

Tais temáticas poderiam ter sido enfrentadas no tópico precedente, voltado à crítica do saber econômico em geral, pois o construto lá encontra suas origens. No entanto, deixou-se a discussão acerca deste tema para o presente tópico em virtude de sua conexão com outros aspectos aqui tratados.

Primeiramente quanto ao *homo economicus* reconhece-se que, considerada a complexidade dos fenômenos e das motivações humanas pode-se fazer necessária uma abstração que represente a regularidade das interações humanas na esfera econômica, função esta legítima para o conceito em questão no que diz respeito à Economia, que assim auxiliaria na compreensão de fenômenos complexos.

Sabe-se, outrossim, que a racionalidade característica do *homo economicus*, além de referir-se aos meios, ostentando caráter instrumental sem referência aos

¹⁵⁶⁵ Bedin evidencia razões para a recusa do retorno ao Estado liberal proposta por Hayek: “Este retorno é – segundo entendemos – inaceitável, pois faz parte das conquistas éticas da humanidade o pressuposto de que os seres humanos não podem ser abandonados a sua própria sorte diante da lógica perversa do mercado, o qual (...) deve alocar os seus recursos baseados na sorte e na habilidade de cada participante do jogo.” BEDIN, G. A. *op. cit.* p. 166.

¹⁵⁶⁶ Como reconhece Posner, “a Análise Econômica do Direito enfrentou um considerável antagonismo, especialmente mas não apenas entre os acadêmicos do Direito aos quais não agrada a ideia de que a lógica do Direito deva ser econômica.” POSNER, R. **Economic Analysis** *cit.* p. 29. Tradução livre do autor.

fins do agente, representaria um comportamento padrão pressuposto, sem a recusa da existência de comportamentos desviantes eventuais.¹⁵⁶⁷

No entanto, parecem existir inúmeras e graves limitações no construto do *homo economicus* e na teoria de racionalidade que lhe é subjacente tanto no que diz respeito a descrever o comportamento humano quanto no que diz respeito a uma certa dimensão normativa implícita para a qual parece apontar quanto ao mesmo comportamento.

De um lado o modelo revela-se simplista demais para dar conta da complexa gama de motivações que informa o comportamento humano, como advertem diversos autores. Além disso, a concepção não comporta dimensões importantes da vida humana, como o comportamento ético. Como pondera António José Avelãs Nunes,

com boas razões, poderá mesmo dizer-se que, afinal, este *rational choosing agent* inventado pelo marginalismo é, nas condições do mercado livre, 'um homem sem escolhas'. Se quer evitar a morte (falência), ele tem que produzir ao custo mais baixo a que os outros produzem e tem que vender ao preço (dado) do mercado e não pode permitir-se quaisquer motivações (ou fins) não-económicos (a amizade, a compaixão, a responsabilidade social). A sua 'conduta racional' não passa de uma conduta de adaptação às condições *dadas* pelo mercado, com vista ao *fim único* da *maximização do ganho* (a utilidade ou o lucro). É um *homem unidimensional*, que mais parece um *robot* do que um *homem livre*, capaz de assumir *escolhas morais*.¹⁵⁶⁸

Subjacente ao modelo do *homo economicus* e com ele inextricavelmente relacionado encontra-se a Teoria da Escolha Racional, consubstanciada, simplificadamente, na compreensão de que o indivíduo racional seria aquele cujas escolhas ostentariam transitividade e que normalmente preferiria mais daquilo que lhe proporciona utilidade ou satisfação do que menos – pressuposto maximizador.

¹⁵⁶⁷ ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 24.

¹⁵⁶⁸ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 65.

Assim, sejam seus fins quais forem, presumivelmente buscará minimizar seus custos e aumentar os resultados no sentido da persecução de tais fins.¹⁵⁶⁹

Aqui também algumas questões merecem reflexão. De início deve-se notar que a abstração que informa o modelo do *homo economicus* necessariamente representa perda de informação na medida em que desconsidera uma série de fenômenos que podem alterar o comportamento humano de maneira diversa daquela preconizada pela Teoria da Escolha Racional subjacente ao modelo.¹⁵⁷⁰ Assim, merece ser devidamente matizada.¹⁵⁷¹

Rudolf Hilferding (1877-1941), ao criticar Eugen Von Böhm-Bawerk (1851-1914), afirmava que a concepção contemporânea de Economia seria a negação da Economia como Ciência Social, reduzindo-se a um sistema tautológico e repleto de raciocínios circulares, consistente no desenvolvimento de todas as deduções possíveis a partir de uma circunstância de fins múltiplos alternativos a serem atingidos com recursos escassos.¹⁵⁷²

Como observa Buchholz, para o institucionalista Thorstein Veblen o erro flagrante no modelo que vislumbra o indivíduo como um átomo hedonista é

¹⁵⁶⁹ Como ensina Fernando Araújo, cinco seriam as premissas da Teoria da Escolha Racional, quais sejam, comensurabilidade, transitividade, invariância, cancelamento e dominância. Segundo a premissa da comensurabilidade as alternativas se presumem comparáveis; segundo a premissa da transitividade presume-se que se A é preferível a B e B é preferível a C, A é preferível a C; segundo a premissa da invariância presume-se que as alternativas independentem da ordem em que são apresentadas ou estruturadas; segundo a premissa do cancelamento presume-se que características idênticas seriam incapazes de fundamentar uma escolha e, por fim, segundo a premissa da dominância presume-se que nunca será preferida uma opção cujo único traço distintivo de outra consiste em uma característica que lhe é inferior. ARAÚJO, F. *op. cit.* p. 24.

¹⁵⁷⁰ De acordo com Avelãs Nunes, "os modelos e as teorias que se baseiam no comportamento do *homo oeconomicus* enquanto *agente racional maximizador* têm provado bastante mal como instrumentos analíticos e de predição. No entanto, a *mainstream economics* continua fiel a esta premissa básica, apesar das críticas de que tem sido objecto." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 54. Nesse sentido, as colaborações da *Behavioral Law & Economics*, que mitiga algumas das conclusões da ortodoxia do movimento ao complementar a teoria do comportamento simplista e unidimensional representada pela Teoria da Escolha Racional com os aportes do comportamentismo (*behavioralism*). Recorde-se, ainda, a visão de Keynes acerca da incerteza e da probabilidade, e sua ênfase sobre a influência do quadro institucional sobre o comportamento dos agentes.

¹⁵⁷¹ Sobre o *homo economicus*, Veblen assim se manifestara: "A concepção hedonista do homem é aquela de um calculador relâmpago de prazeres e sofrimentos, que oscila como um glóbulo homogêneo de desejo e de felicidade sob o estímulo que o desloca pela área, mas o deixa intacto." VEBLLEN, T. B. apud BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 209.

¹⁵⁷² NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* pp. 51-52.

desconsiderar que o indivíduo não é um átomo independente e que ele observa os demais indivíduos antes de agir, sendo por eles influenciado.¹⁵⁷³

Sobre o particular, interessante transcrever em sua literalidade a análise levada a cabo por António José Avelãs Nunes, denunciando a vocação ideológica de construtos como o do *homo economicus*, embora dotados de aparente neutralidade:

(...) o conceito de *homo economicus* pode ser entendido como um *conceito normativo*, utilizado para 'justificar' e 'legitimar' as instituições económicas existentes, (o mercado livre e a propriedade privada), o que confirmaria a tese de que a ciência económica não-marxista sempre inseriu nas suas construções *pressupostos filosóficos acerca da natureza humana*, os quais, consciente ou inconscientemente, forneceram a necessária *justificação moral* do sistema económico e do comportamento que ele exige dos seus agentes.¹⁵⁷⁴

Veblen denuncia vários aspectos antropológicos e psicológicos desconsiderados ou mesmo pelo modelo asséptico do homem económico racional-calculista-maximizador, erigido em modelo pelo saber convencional.¹⁵⁷⁵

Com base em estudos antropológicos, aquele autor vislumbra um “instinto emulativo” na sociedade contemporânea, que compara zombeteiramente com sociedades simples ou “primitivas”. Observa que os homens julgariam uns aos outros pela posse de bens materiais, sendo que em determinadas sociedades os saqueadores acumulavam além do produto de seus saques o apreço social.¹⁵⁷⁶

¹⁵⁷³ BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 209: “Com exceção de alguns formadores de opinião e sociopatas, a maioria das pessoas ou quer acompanhar o mesmo padrão de vida das outras pessoas ou pelo menos olhar por cima da cerca para ver o que as outras pessoas estão fazendo. Uma avaliação individual da utilidade de algum bem depende em parte do que os vizinhos irão pensar em relação àquela compra. O anfitrião mais esnobe serve caviar numa festa. O convidado mais inseguro apregoa o esplendor das ovas de peixe salgadas. Mas quantos convidados *realmente* preferem caviar a sorvete ou biscoitos de chocolate?” BUCHHOLZ, T. *ibid.*

¹⁵⁷⁴ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 54.

¹⁵⁷⁵ Avelãs Nunes afirma que a teoria económica marginalista partiria de assunções comportamentais que não refletiriam a incerteza fundamental características do comportamento humano. NUNES, A. J. A. *id.* p. 54.

¹⁵⁷⁶ BUCHHOLZ, T. *op. cit.* p. 210. Entre outras influências sobre o pensamento vebleniano encontram-se os antropólogos Lewis Henry Morgan (1818-1881) e Franz Boas (1858-1942).

Contrariando a visão da harmonia social e da operosidade como valores das sociedades de consumo, Veblen afirma que nestas, por força do transcurso do tempo passou-se a considerar como uma questão importante a forma como se adquiria a riqueza. Segundo o autor, “se uma pessoa acumulasse propriedades através do esforço e do suor, ela não seria admirada”, mas “a família que ganhasse propriedades *passivamente*, sem uma gota de transpiração, obtinha admiração e incitava a emulação na comunidade”, sendo este o nascimento da classe ociosa, na terminologia do autor.¹⁵⁷⁷

Além disso, na versão posneriana da Análise Econômica do Direito, há uma nítida assunção de uma finalidade a ser buscada – a maximização da riqueza – de modo que quanto à mesma parecem ser procedentes as críticas no sentido de afirmar que nem todo ser humano encontra-se na busca da maior quantidade possível de riqueza, de modo que seu comportamento pode ser informado por uma ampla gama de motivações – altruístas ou não –, retirando-se boa parte da capacidade explicativa ou preditiva do modelo proposto e evidenciando, ao mesmo tempo, seus aspectos axiológicos e normativos.¹⁵⁷⁸

Especialmente quando se refere a campos diferentes do econômico – caso da Análise Econômica do Direito e de todas as aplicações oriundas da expansão preconizada pelo programa beckeriano – inúmeros outros fatores institucionais, culturais, sociais, psicológicos, comportamentais, axiológicos, políticos, filosóficos e outros devem ser considerados, pois a mera análise de custo-benefício parece incapaz de dar uma explicação minimamente satisfatória a toda uma gama de fenômenos.¹⁵⁷⁹

¹⁵⁷⁷ BUCHHOLZ, T. *id.* p. 210. Veblen denuncia, com metáforas e anedotas antropológicas e históricas, situações extremas de ócio conspícuo. BUCHHOLZ, T. *id.* pp. 210-211.

¹⁵⁷⁸ Estudos econômicos demonstram que por vezes um aumento na renda possui um efeito de substituição curioso, pois em lugar de o indivíduo trabalhar ainda mais no intuito de aumentar seu ganho, por vezes trabalha menos, substituindo parte de seu tempo antes dedicado ao trabalho por tempo dedicado a outras atividades, como o lazer. Este tipo comum de ocorrência evidencia as fortes limitações do modelo da racionalidade da maximização da riqueza. Veja-se, por todos, MANKIWI, G. N. *op. cit.* pp. 479 e ss.

¹⁵⁷⁹ Como observa Paul Ormerod, Adam Smith na obra Teoria dos Sentimentos Morais abordava como tema central exatamente “a existência de propensões da natureza humana que nos inclinam para a sociedade, como o sentimento de amizade e o desejo tanto de obter aprovação dos outros quanto de ser digno de tal aprovação. Para Smith, esses sentimentos exerciam uma

A mesma crítica que tantas vezes se fez ao materialismo histórico, no sentido de uma certa unidimensionalidade ao afirmar a preponderância da estrutura sobre a superestrutura, poderia ser feita, com as devidas adaptações, à visão posneriana, no particular.

Avelãs Nunes observa que a abstração do *homo economicus* ostentaria certa pretensão de universalidade, surgindo, da mesma forma que as demais categorias econômicas do capitalismo, como pretensamente universais, independentes de condições sociais ou históricas particulares. Assim, autores como Oskar Lange vislumbram em categorias como essa a tentativa de escamotear uma apologia às relações de produção capitalistas sob uma imagem de racionalidade e universalidade.¹⁵⁸⁰

Sobre a temática da racionalidade do comportamento e de sua motivação, cujo papel reconhece como central na Economia contemporânea, Amartya Sen afirma a suposição de um comportamento racional cuja caracterização não diferiria da descrição do comportamento real.¹⁵⁸¹

Considera o autor passível de contestação a tentativa de prever o comportamento real a partir de um conceito de racionalidade, aduzindo que mesmo que a caracterização do comportamento racional fosse aceita como absolutamente correta, não se poderia pressupor necessariamente que as pessoas realmente se comportariam de acordo com tal premissa.¹⁵⁸²

influência crucial no autocontrole e moderação dos indivíduos em seu comportamento social." ORMEROD, P. *op. cit.* p. 23.

¹⁵⁸⁰ NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p.51. Como observa este mesmo autor, "o comportamento segundo o princípio da racionalidade económica (ou do *cálculo económico*), longe de ser um dado invariante da natureza humana, é o produto de um longo processo de desenvolvimento histórico das relações de produção, que culminou com o advento do capitalismo como modo de produção autónomo." NUNES, A. J. A. *id.* p. 52.

¹⁵⁸¹ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 26. Pois, como ensina Avelãs Nunes, "o conceito de *homo oeconomicus como agente racional maximizador* traz consigo, implícito, um certo *entendimento normativo* acerca da natureza humana, representando, por isso mesmo, a afirmação de um *ideal* como se ele fosse uma *realidade*. Este é um procedimento que utiliza a atitude 'científica' (a afirmação *do que é*) para 'justificar' o ideal que se proclamou como facto, a pretexto de que se está a *explicar a realidade*. E este é um procedimento que não é 'inocente', num ambiente cultural caracterizado pela secundarização da filosofia e da teologia perante a ciência, que assim emerge como a única fonte da verdade (cognitiva e normativa)." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 53-54.

¹⁵⁸² SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* pp. 26-27.

Observando que “os tipos friamente racionais podem povoar nossos livros didáticos, mas o mundo é mais rico”, Sen considera possível fundamentar uma crítica à Economia no que diz respeito à identificação do comportamento real com o comportamento racional.¹⁵⁸³

É essencial frisar alguns pontos das reflexões do economista indiano no particular. Primeiramente, ele reconhece a possibilidade de uma concepção de racionalidade que admita padrões de comportamento alternativos.¹⁵⁸⁴ Além disso, seria necessário distinguir a identificação do comportamento real com o comportamento racional da questão do conteúdo do comportamento racional – independentemente da definição de racionalidade adotada.¹⁵⁸⁵

Observa Sen que a teoria econômica tradicional identifica o comportamento racional predominantemente a partir do conceito de consistência interna de escolha¹⁵⁸⁶ e, minoritariamente, como maximização do autointeresse.¹⁵⁸⁷

Sen critica tal exigência de racionalidade fraca, na terminologia dos economistas, objetando sua imperfeição como fundamento para rejeitá-la como condição adequada à racionalidade da conduta:

Se uma pessoa fizesse exatamente o oposto daquilo que a ajudaria a obter o que ela deseja, e fizesse isso com impecável consistência interna (sempre escolhendo exatamente o oposto daquilo que aumentaria a ocorrência das coisas que ela deseja e valoriza), essa pessoa não poderia ser considerada racional, mesmo se essa consistência obstinada inspirasse algum tipo de admiração pasma no observador. A escolha racional tem de exigir algo pelo

¹⁵⁸³ SEN, A. *id.* p. 27. Sen faz referência, nesse sentido, às críticas de Hirschman, Kornai, Scitovski, Simon, Elster, Schelling, Steedman e Krause. SEN, A. *ibid.*

¹⁵⁸⁴ Como observa Sen, isto teria como consequência o fato de que “a suposição do comportamento racional sozinha não seria adequada para definir algum comportamento real ‘requerido’, mesmo que fossem totalmente especificados os objetivos finais e as restrições.” SEN, A. *ibid.*

¹⁵⁸⁵ SEN, A. *id.* pp. 27-28.

¹⁵⁸⁶ Como é sabido, a intransitividade das preferências e o fenômeno de *cycling* que engendra afastam a caracterização de racionalidade para a teoria econômica.

¹⁵⁸⁷ SEN, A. *id.* p. 28.

menos com respeito à correspondência entre o que se tenta obter e como se busca obtê-lo.¹⁵⁸⁸

Estes constituiriam, portanto, para o economista indiano, requisitos mínimos de racionalidade, não máximos, evidenciando assim que “um conceito puramente ‘instrumental’ de racionalidade pode ser absolutamente inadequado.”¹⁵⁸⁹

Veja-se que aquilo que muitas vezes é utilizado como uma defesa em prol da Teoria da Escolha Racional – seu caráter instrumental –, se melhor avaliado, pode ser um problema adicional.

Sen defende a adoção do conceito de racionalidade por correspondência, que exige a existência de uma correspondência entre escolhas e objetivos como um requisito necessário da racionalidade, embora possa não ser suficiente, exigindo eventualmente complementação por uma racionalidade de reflexão – consistente em requisitos de racionalidade acerca do que alguém deveria desejar, valorizar ou almejar.¹⁵⁹⁰

Observando que a concepção de que a consistência puramente interna não seria convincente considerando-se que o conjunto de escolhas observadas, para ser considerado coerente, depende da interpretação de tais escolhas e de características externas às escolhas – preferências, objetivos, valores, motivações –, Sen considera bizarro crer que apenas a consistência interna seja suficiente para caracterizar a racionalidade de um agente.¹⁵⁹¹

¹⁵⁸⁸ SEN, A. *id.* p. 29.

¹⁵⁸⁹ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 29.

¹⁵⁹⁰ SEN, A. *id.* pp. 29-30. Observa o autor que “se poderia questionar que o comportamento racional deve, *inter alia*, requerer certa consistência, embora essa questão seja muito mais complexa do que frequentemente se afirma (...). Mas a consistência em si mesma não pode ser *suficiente* para o comportamento racional.” SEN, A. *ibid.*

¹⁵⁹¹ SEN, A. *id.* p. 30. Acresce o autor: “Devo acrescentar que a concepção da racionalidade como consistência tem sido, em algumas obras, tornada aparentemente menos implausível graças à atração hipnótica de palavras bem escolhidas. A relação binária que fundamenta a escolha, quando esta apresenta uma consistência desse tipo, às vezes é descrita como a ‘função de utilidade’ da pessoa. É desnecessário dizer que, por essa interpretação, a pessoa maximiza sua ‘função de utilidade’. Mas isso não acrescenta coisa alguma ao que já sabíamos e, em particular, não está dizendo nada sobre o que essa pessoa está tentando maximizar.” SEN, A. *ibid.*

Sen evidencia, ainda, que se a racionalidade como consistência é interna, a outra variante de racionalidade presente na teoria econômica – racionalidade como maximização do autointeresse, é externa.¹⁵⁹²

Quanto a esta o Nobel indiano questiona se podemos considerar como racional unicamente aquilo que maximizaria o autointeresse, excluindo-se todo o resto.¹⁵⁹³ Reconhece que embora não pareça absurdo assumir que a maximização do autointeresse não seja irracional, pode-se considerar insólito sustentar que tudo aquilo que não represente maximização do autointeresse seja irracional.¹⁵⁹⁴ Nesse contexto, aduz

A visão da racionalidade como auto-interesse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação ‘relacionada à ética’. Tentar fazer todo o possível para obter o que gostaríamos pode ser parte da racionalidade, e isso pode incluir o empenho por objetivos desvinculados do auto-interesse, os quais podemos valorizar e desejar promover. Considerar qualquer afastamento da maximização do auto-interesse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão (que não seja alguma variação ou mais um exemplo daquela exótica concepção moral conhecida como ‘egoísmo ético’).¹⁵⁹⁵

Criticando concepções que partem da premissa do egoísmo autointeressado, Sen observa acerca de tais estudos que “foram feitos pouquíssimos testes empíricos desse tipo, seja em economia, seja em questões como as relações conjugais ou o comportamento religioso, apesar dos pronunciamentos analiticamente interessantes de alguns teóricos.”¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹² SEN, A. *id.* p. 31.

¹⁵⁹³ Tal assunção impacta entre outras coisas as relações da Teoria Econômica com a Economia do Bem-Estar, pois como observa Sen permite-se que a primeira influencie a segunda, mas não o contrário, a partir da concepção segundo a qual a ação humana real baseia-se exclusivamente no postulado do autointeresse, sendo indiferente à ética ou aos juízos oriundos a Economia do Bem-Estar. SEN, A. *id.* p. 45.

¹⁵⁹⁴ SEN, A. *id.* p. 31.

¹⁵⁹⁵ SEN, A. *ibid.*

¹⁵⁹⁶ SEN, A. *id.* pp. 33-34. Em síntese, “embora as afirmações de convicção sejam abundantes, raras são as constatações de fatos reais”. SEN, A. *id.* p. 34.

Problematizando a assunção do egoísmo auto-interessado como premissa de uma teoria do comportamento humano e cogitando a possibilidade de uma multiplicidade de motivações, Amartya Sen recusa, igualmente, a dicotomia entre autointeresse e preocupação geral com todas as outras pessoas – egoísmo e utilitarismo – evidenciando que, entre outros fatores, os grupos intermediários entre o indivíduo e o todo propiciam enfoque para muitas ações que poderiam ser denominadas de comportamento comprometido (*committed behavior*).¹⁵⁹⁷

Discutindo as ideias de que as pessoas se comportam exclusivamente de maneira autointeressada e de que tal comportamento conduziria a resultados específicos, notadamente à eficiência econômica, observa Amartya Sen, embora sejam imputadas ao pensamento de Adam Smith, haveria poucos indícios que esse autor sustentasse realmente tais crenças.¹⁵⁹⁸

Portanto, como visto, tanto a racionalidade fraca – racionalidade como consistência – quanto a racionalidade maximizadora de utilidade são passíveis de sérias contestações como mecanismos adequados para a compreensão e explicação do comportamento humano, além de conterem aspectos normativos implícitos que as contaminam e que tornam suspeitas as visões sobre o Direito nelas calcadas.

Sobretudo em campos estranhos ao mercado – exatamente o âmbito em que se situa a Análise Econômica do Direito – faz-se necessária a reflexão crítica e a mitigação das concepções de racionalidade adotadas de maneira simplista pela teoria da escolha racional.

Circunstâncias institucionais e motivações éticas, além de outros fatores, como o comportamento comprometido, podem alterar a racionalidade da conduta, como evidencia Sen.

Além disso, nem tudo aquilo que não represente maximização do autointeresse é passível de ser considerado irracional e é plausível considerar que,

¹⁵⁹⁷ SEN, A. *id.* p. 35.

¹⁵⁹⁸ SEN, A. *id.* p. 37.

por vezes, a maximização do autointeresse pode ser fortemente irracional¹⁵⁹⁹, o que demonstra as limitações inerentes ao modelo em comento.

Ainda, conclusivamente, de se observar com Sen a dualidade em que a pessoa pode ser concebida em uma teoria da motivação:

Podemos ver a pessoa em termos de sua condição de agente [*agency*], reconhecendo e respeitando sua capacidade para estabelecer objetivos, compromentimentos [*commitments*], valores etc., e também podemos ver essa pessoa em termos de bem-estar [*well-being*], o que igualmente requer atenção. Essa dicotomia perde-se em um modelo em que a motivação é baseada apenas no auto-interesse, no qual a condição de agente da pessoa tem de ser inteiramente voltada para seu próprio bem-estar.¹⁶⁰⁰

Parece de todo conveniente não apenas não se limitar à racionalidade maximizadora, prestando atenção a outros elementos importantes na compreensão do comportamento humano, como também não se limitar à racionalidade instrumental, investigando a racionalidade como correspondência e, quiçá, a racionalidade reflexiva.

Desse modo, ao que parece faz-se necessário complementar a teoria do comportamento humano adotada pela Análise Econômica do Direito convencional, temática essa que será retomada no Capítulo IV.

Resta examinar no presente tópico a questão relativa à adoção do individualismo metodológico pela Análise Econômica do Direito.

¹⁵⁹⁹ Modelos da Teoria dos Jogos como o dilema do prisioneiro ilustram bem situações em que a busca da maximização da utilidade conduz a resultados que dificilmente poderiam ser considerados racionais. Os excessos pesqueiros ou de caça em algumas regiões, p. ex., representam conduta calcada na maximização do autointeresse com resultados irracionais a médio e longo prazo. Nesse sentido remete-se à aplicação do dilme feita por Abram De Swaan. DE SWAAN, A. **Sous l'aile protectrice de l'État**. Trad. Laurent Bury. Paris : Presses Universitaires de France, 1988, p. 56 e ss.

¹⁶⁰⁰ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 57. Sen observa que embora a condição de agente e o bem-estar possam ser interdependentes, isso por si só não confunde as variáveis e não retira o valor da distinção: "A importância de uma realização da condição de agente não reside inteiramente no aumento de bem-estar que ela pode trazer indiretamente. Por exemplo, se uma pessoa lutar arduamente pela independência de seu país e quando essa independência for alcançada a pessoa ficar mais feliz, a principal realização é a independência, da qual a felicidade por essa realização é apenas uma consequência. Não é anormal ficar feliz com essa realização, mas ela não consiste apenas nessa felicidade." SEN, A. *id.* pp. 59-60.

Como é sabido a Análise Económica do Direito, especialmente na vertente da Escola de Chicago, adota firmemente o individualismo metodológico. Quanto a este postulado insta iniciar afirmando serem compreensíveis, em parte, as razões pelas quais alguns autores ou algumas Escolas de pensamento optam por adotá-lo pois, com efeito, as concepções de grupo como povo, nação, classe social, gênero, entre outras, não raro podem ser enganosas, com pouco poder explicativo ou preditivo.

No entanto, deve-se dizer que a despeito de sua possível utilização legítima quando o pesquisador pretenda precaver-se contra os riscos de generalizações enganosas baseadas na noção de grupo, também aqui se verifica perda de informação relevante, pois por outro lado os grupos também importam.

Como enfatizado por Amartya Sen, o estudo dos grupos sociais ilumina e permite a compreensão da racionalidade por detrás de fenómenos como o comportamento comprometido.¹⁶⁰¹

Além disso, não raras vezes sob o pretexto de endossar por prudência o individualismo metodológico – ou seja, uma orientação teórica com base na qual a unidade básica de análise é o indivíduo – se endossa, sub-repticiamente, um individualismo que nada tem de metodológico, mas que traduz, em realidade, um conceito normativo, uma orientação egoística e uma abstração grosseira relativamente à complexa realidade.¹⁶⁰² Como evidencia Avelãs Nunes,

O que está em causa é a validade de um paradigma que reduz os homens de carne e osso – que na vida se integram em grupos ou classes sociais interdependentes e inter-relacionadas – aos *tolos racionais* (“rational fools”) de que fala Amartya Sen, e concebe a sociedade como um somatório de *indivíduos isolados*, identificando cada um deles com o *homo economicus perfeitamente racional*, o ‘ser abstracto sem paixões nem sentimentos’ (Pareto), que actua num espaço vazio, à margem da história, do ambiente cultural, social e institucional, do quadro legal, político e económico.¹⁶⁰³

¹⁶⁰¹ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 35.

¹⁶⁰² “Os puristas da *mainstream economics* – entre os quais Lionel Robbins – baseiam as suas propostas teóricas em pressupostos individualistas e atômicos, que concebem a realidade como se ela se conformasse com a arquitectura harmoniosa da concorrência perfeita.” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 61.

¹⁶⁰³ NUNES, A. J. A. *id.* p. 52.

Autores de orientação institucionalista também evidenciaram a falsidade da concepção normativa atomística da sociedade muitas vezes sustentada sub-repticiamente a partir do expediente do individualismo metodológico.

Com efeito, o individualismo metodológico pode ser um expediente útil para, convenientemente, tangenciar discussões que podem ser ingratas para certos posicionamentos ideológicos, como, exemplificativamente, aquelas relativas à participação das diversas classes sociais na produção e na distribuição da riqueza social.¹⁶⁰⁴

Os conflitos de interesse existentes na sociedade e no âmbito das relações econômicas – compreendendo as esferas da produção e da circulação –, reconhecidos não apenas por Marx e seus seguidores, mas também por Smith, Veblen e outros, podem ser escamoteados sob a análise aparentemente imparcial levada a cabo sob o individualismo metodológico, que abstrai da realidade e do entorno social no qual o indivíduo concreto encontra-se inserto.

Economistas como Gunnar Myrdal demonstraram, através de estudos integrados de Economia com outras ciências, como a Sociologia, a forte interdependência que caracteriza alguns fenômenos sociais e econômicos. Seus estudos constituem uma forte evidência tanto das limitações analíticas de teorias orientadas exclusivamente pelo individualismo metodológico quanto das possibilidades analíticas de uma abordagem metodologicamente mais rica.

Em suma, o individualismo metodológico pode se prestar – e com efeito por vezes efetivamente se presta – a propiciar um enfoque demasiado abstrato e distante da realidade, além de desviar-se rumo a uma Ética estritamente individualista.

¹⁶⁰⁴ Com efeito, a despeito das diversas dificuldades que a noção de classe social traz consigo, a análise marxista feita com base nas noções de classe foram bastante úteis para se compreender alguns dos aspectos cruciais do modo de produção capitalista.

3.2.5 A concepção do Direito promotor da eficiência.

Como visto, a grande contribuição teórica de Ronald Coase para com a teoria econômica e para a Análise Econômica do Direito foi o teorema que carrega seu nome.

De acordo com referido construto teórico, sinteticamente, na resolução de problemas relativos ao custo social, na ausência de custos de transação as partes chegariam à solução eficiente qualquer que seja a atribuição de direitos entre as partes envolvidas, o que não se verificaria em casos de custos de transação positivos. Neste caso, a solução eficiente dependeria da atribuição de direitos.¹⁶⁰⁵

A concepção coasiana é basilar para a Análise Econômica do Direito, especialmente na vertente de Chicago, pois introduz a noção de custos de transação, como visto no Capítulo II, e fundamenta teoricamente a visão de que o direito deve ser elaborado e aplicado como um redutor de tais custos e como um indutor de eficiência econômica, cerne das concepções daquela vertente.

Embora em teoria Posner reconheça que a eficiência possa não ser o único e tampouco o principal valor social, ao longo de sua produção intelectual afirma

¹⁶⁰⁵ POLINSKY, A. M. *op. cit.* pp. 23 e ss. O exemplo de Coase que ilustra seu teorema é simples. Uma fábrica produz poluição que representa custos para um número limitado de moradores vizinhos. A solução mais econômica seria a colocação de um filtro na chaminé da fábrica, a menos econômica, a compra de uma secadora de roupas por cada um dos vizinhos individualmente. O exemplo demonstra que, se ausentes os custos de transação, independentemente de ser estabelecido pelo ordenamento jurídico um “direito a poluir” ou um “direito a ver-se livre da poluição”, a parte à qual coubesse o ônus de resolver o problema (moradores ou fábrica, respectivamente) chegaria à solução eficiente (compra e instalação do filtro). Demonstra, no entanto, que havendo custos de transação (ex.: custo de reunirem-se os vizinhos e negociarem entre si) há a possibilidade real de que, a depender da atribuição do direito, prevalecer a solução ineficiente. Assim, se o ordenamento estabelece um “direito a ver-se livre da poluição” vislumbra-se a adoção da solução eficiente (a fábrica não terá elevados custos de transação para decidir pela compra do filtro), ao passo que caso o ordenamento estabeleça um “direito de poluir” nem sempre os moradores conseguirão chegar à solução eficiente, pois pode ser mais viável que cada um individualmente compre a secadora, solução sub-ótima induzida pela presença de custos de transação positivos.

reiteradamente que a eficiência pode ser considerada até mesmo como um princípio de Justiça.¹⁶⁰⁶

Através de variados itinerários argumentativos, explorados no Capítulo II, Posner busca demonstrar das mais variadas maneiras que o direito deve induzir à eficiência e, sobretudo, à maximização de riqueza que se traduz no conceito técnico de eficiência que esposa – Kaldor-Hicks – tema este que será explorado no item subsequente.¹⁶⁰⁷

A despeito de alguns aspectos que podem ser considerados plausíveis – como a afirmação de que a promoção de qualquer fim social deva ser buscada com o menor custo possível – há sérias discussões acerca do problema relativo à adoção da eficiência econômica como único ou mesmo como o principal critério norteador da formulação do direito pelo poder político e de sua aplicação pelo Judiciário. Em realidade, não há nada de óbvio na afirmação de que a finalidade a ser buscada pela ordem jurídica deva ser a promoção da eficiência econômica.

A eficiência econômica e outros desideratos de ordem econômica, como o desenvolvimento, são melhor compreendidos como alguns entre muitos outros fins que podem ser considerados como objetivos legítimos da ordem jurídica.

Com efeito, em primeiro lugar destacar-se-ia antes de qualquer coisa a finalidade da segurança como um dos valores cuja consecução, de maneira mais óbvia, é visada por qualquer ordem jurídica.

¹⁶⁰⁶ Como observa Dworkin, a visão posneriana “sustenta que os juízes do *common law*, ao menos, em seu conjunto têm decidido casos difíceis no sentido da maximização da riqueza, e que eles devem decidir tais casos assim.” DWORKIN, R. **Is Wealth a Value** *cit.* p. 191. Tradução livre do autor.

¹⁶⁰⁷ Cabendo posição de destaque aos órgãos judicantes. Como ensina Dworkin, “Uma outra distinção contraria estas. Cada um desses modos de afirmação da riqueza social, exceto a versão imodesta do componente de valor, pode ser combinada com alguma afirmação funcional da responsabilidade institucional que afirma ser função especial dos tribunais buscar exclusivamente a riqueza social, embora não seja, por exemplo, necessariamente a função das legislaturas fazê-lo. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que embora a maximização da riqueza social seja apenas um ingrediente do valor social, deve-se deixar a cargo dos tribunais maximizá-lo compreendendo que o uso adicional do ingrediente é competência de outras instituições. Ou que a riqueza social é um valor substituto para os tribunais porque estes, por alguma razão, não podem perseguir o verdadeiro alvo diretamente, embora outras instituições o possam e, portanto, não precisem de um substituto ou precisem de um substituto diferente. Chamarei tal teoria de teoria institucional forte – ‘institucional’ porque especifica razões para que uma instituição busque a maximização da riqueza social, e ‘forte’ porque requer que essas instituições o façam de maneira exclusiva.” DWORKIN, R. **Is Wealth a Value?** *cit.* pp. 195-196. Tradução livre do autor.

Tal valor, por sua vez, pode ser instrumental relativamente a diversos outros, como, exemplificativamente, a liberdade em suas diversas facetas – liberdade política, liberdade ambulatoria, liberdade religiosa, liberdade de pensamento, liberdade de associação, e assim sucessivamente – e a igualdade, também plurifacetada – igualdade jurídica, econômica, política, social, de gênero, étnica, e outras.

Com efeito, boa parte da história do constitucionalismo pode ser compreendida exatamente como a persecução do objetivo de valer-se do ordenamento jurídico para assegurar a liberdade e a igualdade em suas diversas facetas, promovendo segurança jurídica e limitação do poder e do arbítrio.

É bastante evidente que a segurança proporcionada pelo direito também pode proteger inúmeros outros bens ou valores, como a vida e a propriedade, e assim sucessivamente.

O discurso posneriano no sentido de que as normas protetivas ou promotoras de tais bens ou valores podem ser compreendidas a partir da noção de promoção da eficiência está longe de ser evidente.¹⁶⁰⁸ Tampouco parece que aquele autor – ou qualquer outro de que se tenha conhecimento – tenha logrado êxito em demonstrar ser possível deduzir as diversas normas estabelecedoras de direitos e garantias individuais, e.g., exclusivamente a partir do valor da eficiência econômica.

Assim, apesar de Posner e a Escola de Chicago pretenderem sustentar um discurso no sentido de que a propriedade é estabelecida como uma instituição promotora da eficiência, bem como a liberdade pessoal e assim por diante, a imensa maioria dos autores que já se dedicaram ao estudo do tema sustentam visão bastante diversa.¹⁶⁰⁹

Parece mais razoável sustentar que a Análise Econômica do Direito ostentaria características que lhe permitiriam ser um instrumento importante de estudo do fenômeno jurídico enquanto metodologia de avaliação das instituições jurídicas

¹⁶⁰⁸ Note-se que aquele autor chega a afirmar que a existência de direitos seria decorrência da eficiência econômica, o que não deixa de soar como rematado absurdo. POSNER, R. **Economics of Justice** *cit.* p. 69. Adiante esta instrumentalização dos direitos será discutida.

¹⁶⁰⁹ As concepções mais plausíveis reconhecem possíveis impactos – positivos ou negativos – das variadas instituições jurídicas sobre a eficiência econômica, e não derivá-los desta.

como motivadores do comportamento individual¹⁶¹⁰ e que, ao pretender finalidades mais ambiciosas, perderia progressivamente sua credibilidade.

Tais finalidades mais ambiciosas consistiriam, nomeadamente, em pretender sustentar que a eficiência deve ser o critério norteador da criação das instituições jurídicas o critério norteador da interpretação e da aplicação do Direito pelas autoridades judiciárias. Trata-se, como já examinado no Capítulo II, da Teoria Econômica do Direito e da teoria da decisão judicial sustentadas por Posner.

Entre sustentar que os pressupostos a escolha racional que norteariam a ação do agente econômico poderiam elucidar alguns aspectos do comportamento extramercado e sustentar que todas as instituições jurídicas possuiriam uma base subjacente que consistiria no princípio da eficiência parece haver uma grande distância.

Ademais, como visto, a questão da eficiência refere-se sempre à alocação dos recursos disponíveis, nunca à sua distribuição, de modo que a despeito de uma distribuição extremamente desigual dos recursos entre os membros de um grupo ou de uma sociedade, uma alocação de recursos pode ser considerada eficiente.¹⁶¹¹

Portanto, fica evidenciada a absoluta inconciliabilidade entre a noção de Direito calcado sobre um princípio de eficiência e a noção de qualquer espécie de justiça distributiva, o que contradiz a um largo arco da experiência jurídica humana recente.¹⁶¹²

¹⁶¹⁰ Ainda neste campo padeceria de importantes limitações, como já visto, reclamando complementação com recurso à interdisciplinaridade e à transdisciplinaridade.

¹⁶¹¹ Desse modo, em uma sociedade hipotética que ostentasse um coeficiente de Gini igual a 1 – hipótese irreal em que um único indivíduo monopoliza todos os recursos da sociedade –, desde que não houvesse recursos ociosos, o princípio da eficiência acabaria legitimar referida sociedade e considerá-la justa, como já visto. CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, Alicante, n. 4, 1987, p. 318.

¹⁶¹² Com efeito, parte da história jurídica humana parece consistir na promoção da igualdade – jurídica, inicialmente – e, mais recentemente, na promoção da igualdade social e econômica a partir de critérios distributivos ou redistributivos. Assim, inúmeras instituições como a tributação progressiva, os direitos econômicos e sociais e as ações afirmativas são inconciliáveis com a noção efficientista de Direito, a menos que se consiga fundamentá-los – ainda que retoricamente – no valor supremo da eficiência econômica. Tais implicações serão objeto de particular atenção no Capítulo IV da tese.

Portanto, parece muito mais plausível considerar a eficiência como um valor entre outros, presente numa ampla escala que orienta o Direito vigente em uma sociedade. Para atingir a alguns dos valores presentes na referida escala, é completamente concebível que o direito busque alterar a distribuição de recursos na sociedade e, portanto, promover a redistribuição de tais recursos de alguma maneira – e não necessariamente no sentido da maximização da riqueza.

Também resta bastante concebível certa renúncia à eficiência, em diversas hipóteses plausíveis, com vistas à promoção de outros objetivos ou valores socialmente importantes.

Ao que parece em realidade a teoria posneriana representa uma visão ideologizada e apologética ao mercado e às instituições capitalistas e que a tentativa de fundar o direito sobre um superprincípio de eficiência visa ao efeito prático de legitimá-las e de refutar qualquer visão do Direito fundada na justiça distributiva.¹⁶¹³

Assim, sua concepção do Direito como fundado em uma peculiar justiça alocativa ou eficiente e fulcrado na concepção de que as transações voluntárias efetuadas no âmbito do livre mercado conduziriam a resultados eficientes nada mais faria do que legitimar a instituição do livre mercado e da busca do lucro em detrimento de qualquer objetivo de igualdade, equidade ou justiça distributiva ou redistributiva.

Contígua e diretamente vinculada à discussão da relação entre a eficiência econômica e o Direito encontra-se a concepção da Escola de Chicago no sentido do princípio da maximização da riqueza, que se passa a examinar.

¹⁶¹³ Observe-se, ainda, que mesmo a justiça corretiva pode ser incompatível com a noção de eficiência pois se um dano ou uma lesão aos interesses de alguém ou de algum grupo promover resultados supostamente eficientes, para uma Teoria da Justiça calcada na eficiência nenhuma reparação será necessária, como visto. A temática será aprofundada no capítulo sucessivo.

3.2.6 O critério de Kaldor-Hicks e o princípio da maximização da riqueza.

No pensamento posneriano a questão ora abordada torna-se ainda mais aguda, pois a partir da crítica do kantianismo e do utilitarismo, o líder da Escola de Chicago propõe uma ética fundada no “valor” da maximização da riqueza.¹⁶¹⁴

Com base no discurso segundo o qual o legislador e o juiz – principalmente este – devem buscar as normas e as soluções mais eficientes, endossa Posner o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks – ou melhorias potenciais em Pareto – para sustentar como eficientes as soluções que maximizem a riqueza da sociedade.¹⁶¹⁵

Como visto há pouco, de acordo com o conceito paretiano de eficiência não seria economicamente eficiente uma modificação de alocação de recursos que para melhorar a condição de alguém prejudicasse mesmo que apenas um outro membro da sociedade.¹⁶¹⁶

Kaldor-Hicks permite uma visão diversa, considerando eficiente a mudança desde que com ela os ganhos de alguns superem as perdas dos demais, como já examinado. Pouco importa, sublinhe-se, quem ganha e quem perde, bastando que os ganhos superem as perdas.¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁴ POSNER, R. **Economics of Justice** *cit.* pp. 88 e ss.

¹⁶¹⁵ Com efeito a decisão com base em Pareto dificilmente seria possível: "Seria absurdo dizer que os juizes não deveriam tomar nenhuma decisão, a não ser as que movam a sociedade de um estado de ineficiência para um estado de eficiência de Pareto. Essa restrição é muito forte porque há poucos estados de ineficiência de Pareto; mas também é muito fraca porque, se realmente existe uma situação de ineficiência de Pareto, qualquer quantidade de diferentes mudanças alcançaria uma situação de eficiência de Pareto, e a restrição não escolheria entre elas." DWORKIN, R. **Uma questão** *cit.* p. 354.

¹⁶¹⁶ Observa Dworkin que "o conceito de maximização da riqueza está no centro tanto dos aspectos descritivos como dos normativos da teoria. Mas é um conceito facilmente mal compreendido e que foi muitas vezes mal compreendido por seus críticos. A expressão 'maximização da riqueza', na teoria, não pretende descrever a mesma coisa que 'eficiência de Pareto'." DWORKIN, R. *id.* p. 351. No mesmo sentido, DWORKIN, R. **Is Wealth a Value?** *cit.* p. 191.

¹⁶¹⁷ DWORKIN, R. **Uma questão** *cit.* pp. 354-355. Como ensina este autor, valendo-se do exemplo de uma fábrica de doces que prejudicasse a atividade profissional de um médico em seu consultório, "o juiz, portanto, deve escolher de modo que os bens (nesse caso, o direito de praticar a medicina livre de barulho ou o direito de fazer doces livre de impedimento judicial) sejam dados diretamente, por meio de sua decisão, à parte que compraria o direito se este não

Tal conceito permite a Posner fundamentar teoricamente seu “*wealth maximization criterion*”. Partindo da premissa econômica de que o valor dos recursos para alguém pode ser medido por sua disposição para pagar por aquele recurso, sustenta-se uma visão no sentido de que os recursos devem ser alocados em mãos daqueles com maior disposição para pagar, pois com isso os recursos da sociedade seriam maximizados.¹⁶¹⁸

Recorde-se, ainda, que a disposição para pagar pressupõe, como ressalta o próprio Posner, a disponibilidade de recursos para tanto, sendo desconsiderada caso o indivíduo que valora algo não disponha de recursos para pagar por tal recurso.¹⁶¹⁹

É nesse sentido o ensinamento de Dworkin, ao distinguir claramente o que alguns têm confundido – a saber, o princípio da maximização da riqueza com o conceito de eficiência no sentido paretiano¹⁶²⁰: “a maximização da riqueza, como

lhe fosse atribuído, e que não o venderia se lhe fosse atribuído, supondo, em ambos os casos, que os custos de transação fossem zero.” DWORKIN, R. *id.* p. 355. Isto significa, em outros termos, atribuir o direito subjetivo a quem presumivelmente mais o valoriza, i.e., mais está disposto a pagar, de modo a maximizar a riqueza.

¹⁶¹⁸ DWORKIN, *id.* p. 352.

¹⁶¹⁹ Uma objeção reiteradamente feita à Análise Econômica do Direito, segundo o próprio líder da Escola de Chicago, consistiria na alegação de que ela manifesta um viés político conservador. Posner visa refutar tais alegações, sustentando que “investigações econômicas que proporcionam apoio para posições progressistas raramente são acusadas de ostentarem enviesamento político.” POSNER, **Economic Analysis** *cit.* p. 30. “Por exemplo, a teoria dos *public goods* (...) pode ser concebida como um dos sustentáculos ideológicos do Estado de bem-estar social, mas não costuma ser vista desse modo(...)”. *Ibid.* Tradução livre do autor. Posner sustenta que a crítica desconsidera que várias pesquisas de Análise Econômica do Direito servem de base para posições liberais. *Ibid.* Segundo António José Avelãs Nunes, “talvez possa dizer-se também que, embora perfilam ‘leituras’ da realidade opostas ou propostas de política *progressistas* ou *conservadoras* tanto por parte dos que se colocam na óptica da *Economics* como por parte dos que adoptam a perspectiva da *Economia Política*, a *Economics* veicula, em regra, a aceitação conservadora do *status quo*, enquanto a *Economia Política* se coloca, em regra, numa perspectiva de *transformação* da sociedade (para alguns de natureza revolucionária).” NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 6.

¹⁶²⁰ Ademais, convém observar com Dworkin a impossibilidade de se sustentar que as decisões judiciais seriam eficientes no sentido de Pareto: “O conceito familiar de eficiência econômica Paretiana (ou ótimo de Pareto) é algo bastante diferente. Uma distribuição [*in recto*: alocação] de recursos é eficiente no sentido de Pareto se nenhuma mudança nessa distribuição pode ser feita de modo a não deixar ninguém pior e pelo menos uma pessoa melhor. Foi assinalado frequentemente que quase nenhuma distribuição de recursos em sentido amplo satisfaz a tal critério. Mesmo trocas voluntárias que melhoram a situação de ambas as partes podem afetar terceiros de maneira adversa como, por exemplo, modificando preços. Seria absurdo dizer que os juízes não deveriam tomar nenhuma decisão exceto aquelas que levassem a sociedade de um estado ineficiente no sentido de Pareto para um estado eficiente no mesmo sentido. Essa restrição é muito forte, porque há poucos estados Pareto-ineficientes; mas também é muito

definida, é atingida quando os bens e outros recursos encontram-se nas mãos daqueles que os valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem somente se ele está disposto e é capaz de pagar mais em dinheiro (ou em algo equivalente) para tê-lo."¹⁶²¹

Um dos exemplos que o autor utiliza – aquele do hormônio do crescimento, que deveria ser alocado por quem está mais disposto a pagar, ainda que precise menos do que os demais – exemplifica bem o tipo de resultados aos quais conduz o critério da maximização da riqueza, seja como critério proposto para a decisão judicial, seja como critério ético ou de justiça.

Com efeito, a tentativa do autor de constituir uma Teoria do Direito e da decisão judicial, e mesmo uma Teoria Moral e uma Teoria da Justiça com base no princípio da *wealth maximization* parece fadada ao fracasso, na medida em que fere as noções mais elementares de justiça e de ética que estruturam a compreensão do Direito desde a Antiguidade.

Do mesmo modo que a defesa de um critério de eficiência em geral, a defesa do critério da maximização da riqueza debate-se com problemas ainda mais sérios, em virtude da gravidade de suas consequências.

De outra parte, é bastante evidente que a eficiência em geral não constitui o mais elevado valor social e tampouco o único, também a maximização da riqueza não se caracteriza de tal maneira – Dworkin nega, inclusive, que se trate de um valor.¹⁶²²

fraca, porque se existir uma situação Pareto-ineficiente, um grande número de diferentes modificações poderia conduzir a uma situação Pareto-eficiente e a restrição não permitiria uma escolha entre estas." DWORKIN, *Is Wealth a Value cit.* p. 193.

¹⁶²¹ DWORKIN, R. *Is Wealth a Value cit.* p. 191. Tradução livre do autor. O autor exemplifica: "Um indivíduo maximiza sua própria riqueza quando ele aumenta o valor dos recursos que possui; sempre que ele for capaz, por exemplo, de comprar algo que ele valoriza por qualquer valor menor do que ele estaria disposto a pagar por essa coisa. Seu valor para ele é medido pelo dinheiro que ele pagaria se necessário; se ele é capaz de pagar \$ 4, digamos, por aquilo que ele pagaria até \$ 5 se necessário, sua riqueza sofreu um incremento de \$1. A sociedade maximiza sua riqueza quando todos os recursos dessa sociedade são distribuídos de forma que a soma de todas as valorações individuais seja tão alta quanto possível." Tradução livre do autor. DWORKIN, R. *id.* pp. 191-192.

¹⁶²² DWORKIN, R. *ibid.*

Interpretar o Direito calcado em tal princípio e sustentar sua aplicação assim orientada equivale a adotar uma concepção plutocrática do mundo, concebendo a vida como um leilão constante, concepção esta que contrasta e conflita com a maioria dos sistemas éticos e das concepções de Justiça existentes, bem como com inúmeros aspectos basilares dos mais variados ordenamentos jurídicos existentes.¹⁶²³

O choque com qualquer noção de justiça corretiva ou distributiva é mais do que evidente e as críticas endereçadas a tais formulações posnerianas foram torrenciais, como é sabido.¹⁶²⁴

Um dos principais críticos das concepções posnerianas foi Ronald Dworkin. Entre outros problemas, Dworkin chama a atenção para um particularmente importante acerca do critério da maximização da riqueza, qual seja, aquele acerca de *porque* o objetivo da maximização da riqueza seria um objetivo valioso.¹⁶²⁵ Questiona o autor:

Mas não está claro *por que* a riqueza social é um objetivo digno. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos, a não ser alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação se tem mais riqueza, da mesma maneira que ocorre com qualquer indivíduo? Por que alguém que não cometeu esse erro deveria pensar que a maximização da riqueza social é um objetivo digno?¹⁶²⁶

¹⁶²³ Reitera-se que o próprio Adam Smith reconhecia motivações diversas para o comportamento humano. Segundo Ormerod, mesmo no contexto da obra *A Riqueza das Nações* “a busca esclarecida da realização dos interesses particulares é vista como a força motriz de uma economia bem-sucedida, mas no contexto de uma visão compartilhada daquilo que constitui um comportamento razoável.” ORMEROD, P. *op. cit.* p. 24.

¹⁶²⁴ O próprio Posner faz referência à crítica sobre o reducionismo da economia e sobre a estranheza de sua linguagem aos juristas. Afirma que outra crítica comum consistira naquela segundo a qual as bases normativas da abordagem econômica seriam muito repulsivas, a ponto de considerar-se inconcebível que um sistema jurídico as adotasse. POSNER, R. **Economic Analysis** *cit.* p. 29.

¹⁶²⁵ DWORKIN, R. **Is Wealth a Value?** *cit.* p. 194.

¹⁶²⁶ DWORKIN, R. Uma questão de princípio *cit.* p. 356. DWORKIN, R. **Is Wealth a Value?** *cit.* p. 194.

Considerando existirem diversas respostas possíveis, Dworkin dispõe-se a fazer uma série de distinções entre elas. Inicialmente o autor observa que existem tendências que consideram que a riqueza poderia ser considerada um valor social em si mesma¹⁶²⁷, bem como tendências que consideram que a mesma pode ser considerada um instrumento de valores.¹⁶²⁸

Para a segunda vertente, esclarece Dworkin que "a riqueza social pode ser concebida não como um componente do valor, mas como um instrumento deste. Aumentos na riqueza social não seriam valiosos em si mesmos, mas porque ele poderiam ou iriam produzir outras melhorias que seriam valiosas em si mesmas."¹⁶²⁹

Dentro de tal orientação genérica o autor distingue algumas variantes, a saber, uma primeira que sustenta que mecanismos como "a mão invisível" faria com que o aumento da riqueza produzisse o aumento de outros valores sociais; a segunda, que sustenta que o aumento da riqueza poderia produzir o incremento de outros valores sociais, embora não de maneira automática e, finalmente, uma terceira orientação, segundo a qual a riqueza seria um substituto relativamente a outros valores sociais.¹⁶³⁰

¹⁶²⁷ Dentro do âmbito de tal tendência, Dworkin distingue duas variantes, quais sejam, aquela que denomina *imodesta*, que considera a riqueza o único valor social, e a que denomina *modesta*, que considera que a riqueza constituiria um valor social entre outros. DWORKIN, R. *id.* p. 195. Neste sentido, Dworkin observa: "(I) A riqueza social pode ser concebida como sendo ela mesma um elemento integrante do valor social. Há duas variantes desta vertente. (a) A versão imodesta que sustenta que a riqueza social é o único componente do valor social. Ela sustenta que o único aspecto no qual uma sociedade poderia encontrar-se melhor ou pior do que outra é que ela poderia possuir mais riqueza social. (b) a versão modesta que sustenta que a riqueza social é um componente do valor social entre outros. Uma sociedade seria relativamente melhor do que outra se ela tiver mais riqueza, mas ela pode ser globalmente pior quando outros elementos integrantes do valor, incluindo aqueles de caráter distributivo, são levados em conta." Tradução livre do autor.

¹⁶²⁸ DWORKIN, R. **Is Wealth a Value** *cit.* pp. 194-195. Talvez se pudesse denominar as duas orientações mencionadas como uma orientação no sentido da riqueza como um valor intrínseco e outra da riqueza como um valor instrumental.

¹⁶²⁹ DWORKIN, R. *id.* p. 195. Tradução livre do autor.

¹⁶³⁰ DWORKIN, R. *ibid.* Quanto a esta terceira corrente, sustenta essencialmente que existiria uma correlação suficientemente elevada entre o aumento da riqueza social e o atingimento de outros valores sociais, de modo que as políticas objetivando sua maximização induziriam indiretamente à maximização daqueles. *Ibid.* A orientação se debate com problemas quando confrontada com o paradoxo de Easterlin, que evidencia a dissociação entre crescimento econômico e qualidade de vida, por exemplo. Dworkin chama a atenção para o fato de que as teorias normativas da Análise Econômica do Direito admitem muitas variações decorrentes das combinações de diversas tendências. DWORKIN, R. **Uma questão de princípio** *cit.* p. 358.

Analisando a questão acerca da maximização da riqueza constituiria um valor, Dworkin considera que "se a análise econômica afirma que as ações judiciais devem ser decididas de modo a aumentar a riqueza social, definida do modo descrito, deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza."¹⁶³¹

Utilizando-se do exemplo da realocação compulsória de um recurso – livro – entre Amartya e Derek¹⁶³², Ronald Dworkin questiona se a situação posta após a redistribuição seria superior à anterior em qualquer aspecto. Nas palavras do autor "não estou perguntando se o ganho em riqueza é superado pelo custo em justiça, ou em igualdade de tratamento, ou em qualquer outra coisa, mas se o ganho em riqueza, considerado por si só, chega a ser um ganho." Concluindo que, provavelmente, a maioria das pessoas concordaria que a segunda situação não seria superior à primeira em nenhum aspecto.¹⁶³³

Aperfeiçoando o exemplo de Posner acerca da redistribuição coercitiva de um livro entre Derek e Amartya, Dworkin sustenta seu ponto de vista:

Derek é pobre, doente e infeliz, e o livro é um de seus poucos confortos. Ele só está disposto a vendê-lo por \$2 porque precisa de medicamento. Amartya é rico e satisfeito. Está disposto a gastar \$3 pelo livro, o que representa uma parcela bem pequena de sua riqueza, com base na possibilidade fortuita de algum dia poder lê-lo, embora saiba que provavelmente não o fará. Se o tirano forçar a transferência, sem compensação, a utilidade total se reduzirá muito. Mas a riqueza, tal como especificamente definida, aumentará. Não pergunto se você aprovaria o ato do tirano. Pergunto se, com a ação do tirano, a situação terá, de alguma maneira, uma melhora. Creio que não. Em tais circunstâncias, o fato de os bens estarem nas mãos dos que pagariam mais para tê-los é tão irrelevante, do ponto de vista moral, quanto o livro estar nas mãos da parte alfabeticamente anterior.¹⁶³⁴

¹⁶³¹ DWORKIN, R. *id.* p. 359.

¹⁶³² Veja-se a nota supra. Outros exemplos mais verossímeis são possíveis como, exemplificativamente, o confisco de propriedade imobiliária sem indenização. DWORKIN, R. *id.* p. 360, nota de rodapé n. 5.

¹⁶³³ DWORKIN, R. *ibid.*

¹⁶³⁴ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio** *cit.* pp. 363-364.

Segundo Dworkin, a separação da riqueza relativamente à utilidade acarretaria a perda da plausibilidade de considerá-la um componente do valor. Para Dworkin o argumento da maximização da riqueza social, no particular, seria ainda pior do que o argumento utilitarista.¹⁶³⁵

Segundo Dworkin, um indivíduo que tivesse que optar entre uma vida mais feliz e uma vida com mais riqueza seria irracional se escolhesse a última, pois "o dinheiro ou seu equivalente é útil na medida em que capacita alguém a levar uma vida mais valiosa, mais bem sucedida, mais feliz ou mais moral. Qualquer um que o considere mais valioso é um fetichista das verdinhas."¹⁶³⁶

Ou seja, revela-se mais do que dúbio o critério de maximização da riqueza, seja como fundamento de uma Teoria do Direito ou da decisão judicial, seja – como pretende Posner – como fundamento de uma Teoria Moral ou de uma Teoria da Justiça, argumento que será explorado em maior profundidade no Capítulo conclusivo.

Completa-se aqui, portanto, mais um passo no presente estudo que, após percorrer as contradições e as dissidências do pensamento econômico no Capítulo I e evidenciar as bases e principais características de algumas das mais influentes concepções do Direito calcadas na Economia no Capítulo II, evidencia diversos pontos críticos da ortodoxia econômica e das visões economicistas sobre o Direito.

No presente Capítulo, como visto, analisamos diversos pontos passíveis de crítica tanto no que diz respeito à Ciência Econômica quanto no que diz respeito às visões hayekiana e posneriana do Direito, pontos que, ao fim e ao cabo, constituem fraquezas e limitações de ambas.

Pensa-se ter evidenciado de um lado as diversas insuficiências da concepção de Economia a basear tais visões, seja por seu caráter demasiadamente abstrato, seja por suas inclinações ideológicas, ainda que travestidas de opções analíticas, teóricas ou metodológicas neutras.

¹⁶³⁵ DWORKIN, R. *id.* p. 364.

¹⁶³⁶ DWORKIN, R. *id.* p. 365. Dworkin observa que a história demonstra que um ganho de riqueza pode ser contrabalançado por perdas de utilidade, justiça ou outras coisas, e que o ganho de riqueza considerado em separado de seus custos e suas consequências, sejam elas boas ou más, não constituiria um ganho. DWORKIN, R. *ibid.*

Por outro lado, parece ter restado evidente existirem diversos problemas a assolar as visões econômicas do Direito sustentadas por Hayek e Posner, seja por uma incoerência no que diz respeito ao conjunto do pensamento do primeiro, seja pelas evidentes limitações explicativas e normativas das posições teóricas do segundo.

Cumprido tal percurso da História do Pensamento Econômico à crítica do saber convencional atual e das tentativas de compreensão do fenômeno jurídico a partir do mesmo, resta ingressar no Capítulo IV e conclusivo, voltado à discussão da possibilidade de construção de um projeto alternativo de compreensão do Direito a partir da Economia.

Resta discutir-se criticamente, portanto, se é plausível uma concepção da sociedade, do Direito e da Ética baseada na riqueza e se a vida pode ser concebida como um leilão, como faz parecer o critério da maximização da riqueza.¹⁶³⁷

No próximo Capítulo examinar-se-á aquilo que se considera aspectos centrais do presente trabalho, a saber, de um lado, quais os efeitos da sujeição do jurídico ao eficiente, a partir do exame crítico da análise econômica dos direitos e suas conclusões.

Após, examinar-se-ão as complexas relações entre eficiência econômica e Ética e entre eficiência econômica e Justiça, para buscar extrair as considerações conclusivas do trabalho acerca das novas bases necessárias a uma análise do Direito a partir da Economia adequada.

¹⁶³⁷ Como observa António José Avelãs Nunes, "a vida não pode transformar-se numa 'mercadoria' cuja sorte fique à mercê das leis 'cegas' do mercado. A preservação da vida humana exige cada vez mais uma sociedade diferente da que hoje conhecemos, um tipo de desenvolvimento radicalmente diferente deste '*senseless cancerous growth*' (W. Weisskopf), um sistema econômico que rejeite em absoluto a '*mercantilização da vida*' (Heilbroner), e que assuma como meta um paradigma de desenvolvimento que não identifique o *mais* com o *melhor*." NUNES, A. J. A. **Noção e objecto** *cit.* p. 73.

4 EFICIÊNCIA, DIREITOS E JUSTIÇA

Como a sociedade não pode subsistir sem que as leis da justiça sejam razoavelmente cumpridas, como nenhum trato social pode ocorrer entre homens que em geral não se abstenham de ofender uns aos outros, a consideração dessa necessidade, pensou-se, constituiu o fundamento de aprovarmos que as leis da justiça coagissem pelo castigo os que as violassem. (Adam Smith).¹⁶³⁸

4.1 DIREITO E ECONOMIA

Como visto, a interação entre Direito e Economia pode ser concebida de variadas maneiras, seja como projeto interdisciplinar, seja como projeto de colonização do jurídico pelo econômico.

A tentativa de afirmação de um fundamento econômico a direcionar o Direito, a proposta de um direito efficientista, a proposta de uma concepção de justiça como maximização da riqueza, serão aqui rechaçadas, demonstrando-se as alternativas a seguir para uma interação adequada entre Direito e Economia.

O presente Capítulo abordará em três seções os temas conclusivos da presente tese. A primeira seção é dedicada a algumas considerações acerca das possibilidades e limites da interação entre Direito e Economia, seja no plano teórico, seja no plano prático.

A seção sucessiva abordará a temática relativa às visões econômicas sobre os direitos e as possíveis abordagens neste campo. Considerando-se os direitos como componentes de uma noção de Justiça que é bastante difundida, propugna-se

¹⁶³⁸ SMITH, A. **Teoria dos Sentimentos Morais**: ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 109.

ser possível avaliar os méritos morais da Análise Econômica como atualmente é concebida.

A partir de tal temática, a última seção abordará os problemas que se colocam na complexa relação entre eficiência e Justiça e entre eficiência e Ética, buscando-se uma alternativa aceitável para a Análise Econômica a partir da Teoria da Justiça de Amartya Sen.¹⁶³⁹

4.1.1 Possibilidades e limites da interação entre Direito e Economia

O presente item visa explorar possibilidades e limites da interação entre Direito e Economia. Inicialmente abordar-se-ão as potencialidades e limitações da Análise Econômica do Direito para o aprimoramento do conhecimento sobre o campo jurídico.

A segunda parte analisará criticamente algumas questões relativas à intersecção entre Direito, Estado e Mercado, bem como a teoria da decisão judicial propugnada por Posner.

A primeira abordagem faz-se necessária por seus impactos na compreensão do campo jurídico e dos valores que lhe são basilares; a segunda porque reputa-se que a compreensão adequada da interação entre Estado e Direito, de um lado, e mercado, de outro, impacta significativamente nos resultados sociais obtidos a partir do sistema econômico, encontrando-se inextrincavelmente vinculada com a questão da Justiça e da Ética.

¹⁶³⁹ As razões da eleição do referido marco teórico restará evidenciada adiante quando se discutir os méritos de sua Teoria da Justiça em comparação com abordagens rivais.

4.1.2 A intersecção entre Direito e Economia

4.1.2.1 Análise Econômica do Direito

Após o esboço histórico acerca do pensamento econômico e a análise de algumas das mais difundidas visões econômicas sobre o direito, seguidas da crítica a tais visões, faz-se oportuna a proposta de uma visão alternativa do Direito a partir da Economia.

Tal proposta constitui tarefa que se reconhece ser de grande complexidade, e buscará relacionar a racionalidade econômica e as categorias econômicas – notadamente a categoria central da eficiência – com problemas prementes, como a relação entre Direito, Ética e Justiça.

Buscar-se-á atingir tal objetivo especialmente a partir da análise econômica dos direitos.¹⁶⁴⁰ Tal tentativa poderá vir a possibilitar o uso do instrumental econômico para enriquecer o conhecimento do jurídico, sem incorrer nos defeitos e limitações abordados no Capítulo anterior.

A esta altura convém indagar, portanto, sobre a possibilidade da interação entre Direito e Economia, bem como sobre os limites de tal interação.

Primeiramente parece ser adequado afirmar ser possível e mesmo desejável a interação entre Direito e Economia. Com efeito, é reconhecida a necessidade de desenvolvimento de aprimoramentos teóricos, analíticos e metodológicos¹⁶⁴¹ na

¹⁶⁴⁰ Utilizar-se-á aqui a expressão genérica *direitos* para definir uma ampla gama de direitos subjetivos, que pretende abranger os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais, principalmente. Particular atenção merecem os efeitos da análise econômica sobre os direitos fundamentais, por seu caráter essencial e por sua estatura constitucional, mas as reflexões expendidas no presente capítulo, especialmente na seção 4.2., podem ser válidas, em sua maior parte, para qualquer das acepções de direito subjetivo.

¹⁶⁴¹ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 306.

Ciência Jurídica, e a interação entre este campo e outros, como a História, a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia, têm se revelado essenciais para tanto.

Não haveria razão, portanto, para se excluir *a priori* a possibilidade de estudos interdisciplinares entre Direito e Economia, que podem ser bastante profícuos, na medida em que ambas as ciências possuem campos de interação afins e possibilidades de interação bastante promissoras.¹⁶⁴²

Como visto no Capítulo I, desde o final do Século XIX a Economia tem se dedicado primordialmente à tentativa de compreender e de prognosticar o comportamento humano, através da elaboração de variadas teorizações e modelos. O Direito – objeto da Ciência Jurídica – evidentemente visa regular o comportamento humano. Assim, no campo de estudos sobre os possíveis incentivos e desincentivos produzidos por normas e instituições jurídicas sobre o comportamento humano, parece bastante valiosa a interação Direito e Economia.¹⁶⁴³

No entanto, mesmo neste campo, a aplicação da racionalidade econômica com vistas a compreender o comportamento reclama cautelas, pois nos capítulos I e III foram evidenciados com amplitude as enormes simplificações procedidas pela Teoria da Escolha Racional e outros aspectos centrais do pensamento econômico, bem como sua crítica. Desse modo, o pesquisador precisa estar atento para a

¹⁶⁴² Albert Calsamiglia, p. ex., levanta uma importante contribuição da Economia para a compreensão da inefetividade das normas jurídicas a partir de uma racionalidade diversa daquela do jurista. CALSAMIGLIA, A. *ibid.*

¹⁶⁴³ A Economia pode auxiliar, inclusive, com algumas desmistificações, como a do dogma da superioridade do Direito sobre a sociedade, típica de algumas vertentes do positivismo jurídico. Como ensina Calsamiglia, seria comum a crença na autonomia e na superioridade do direito sobre a sociedade”, acreditando-se ainda que “para modificar a sociedade é necessário apenas modificar o direito. A sociedade seguirá e obedecerá o que estabeleça o poder legalmente estabelecido.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 308. Os estudos de Direito e Economia demonstram a simplificação grosseira de tal concepção positivista. Um exemplo disso são os estudos envolvendo a racionalidade estratégica: “A noção de racionalidade estratégica é relevante para a tomada de decisões sociais. Como veremos mais adiante, muitas situações jurídicas não supõem racionalidades paramétricas, mas estratégicas. Os indivíduos reagem ante as leis e deve-se prever qual será a reação para tomar a decisão correta.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 313. Mais adiante, no mesmo sentido: “Hoje sabemos que as mudanças sociais não se produzem por decreto. A racionalidade jurídica não é uma racionalidade paramétrica, mas estratégica. Os destinatários das normas reagem estrategicamente em face delas. A obediência não está garantida pelo simples fato da edição da norma. As normas devem incentivar os indivíduos ao seu cumprimento. As normas devem prever as possíveis condutas dos destinatários e toma-las em consideração como elemento importante no momento de editá-la. As decisões do legislador devem levar em conta as expectativas relativas às reações dos destinatários das normas. Eles calculam. Tomam as normas como um dado e não como a conduta a ser seguida. Às vezes as normas incentivam o descumprimento do direito porque os prejuízos da sanção são inferiores aos benefícios decorrentes de sua violação.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 329.

necessidade de complementação dos resultados de suas investigações com aportes de outras Ciências Sociais.

Outros cuidados parecem ser necessários. Como visto, o uso de teorias excessivamente abstratas e contrafáticas e do método exclusivamente dedutivo têm lançado dúvidas severas sobre algumas teorizações ou mesmo dogmas da Economia. O elevado grau de contrafaticidade das premissas assumidas nos modelos econômicos por um lado possibilitam a análise de fenômenos de extrema complexidade, mas, por outro, não deixam de levantar sérias suspeitas sobre a validade dos resultados no confronto com a realidade.

Desse modo, há que se observar a necessária complementação não apenas do saber econômico pelo saber oriundo de outros campos do conhecimento, como também a necessária cautela em termos de buscar o pesquisador confrontar teorizações e modelos com os fatos e com a realidade, colhendo o máximo possível de dados empíricos que possibilitem embasar, refutar ou mesmo reformular os primeiros.

O recurso exclusivo à microeconomia, por sua vez, também merece ressalvas, uma vez que a macroeconomia já possui estudos suficientemente desenvolvidos sobre aspectos econômicos da maior importância para compreender fenômenos jurídicos.

Os grandes agregados¹⁶⁴⁴, certos indicadores econômicos¹⁶⁴⁵, assim como instrumentos, ferramentas e construtos teóricos macroeconômicos¹⁶⁴⁶ podem ser da maior valia ao se analisar os efeitos econômicos e sociais da operação de um sistema político, jurídico e econômico, ou de determinados aspectos deste, especialmente quando isso for possível ao longo de um lapso temporal razoavelmente amplo.

¹⁶⁴⁴ Como o Produto Interno Bruto – PIB, o Produto Nacional Bruto – PNB, exemplificativamente.

¹⁶⁴⁵ O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, o Índice de Necessidades Básicas Insatisfeitas – NBI, o coeficiente de Gini, revelam-se instrumentos importantes para a análise dos efeitos do sistema econômico, político e jurídico sobre o ambiente social e são particularmente importantes para avaliar a vida concreta que as pessoas levam, o que é essencial para determinada concepção de Ética e de Justiça, como se verá adiante.

¹⁶⁴⁶ Notadamente a curva de Lorenz, o paradoxo de Easterlin, entre outros.

Tais aspectos da proposta de reformulação da Análise Econômica do Direito revelar-se-ão particularmente importantes após a abordagem, adiante, do problema da relação entre Ética e Economia, e após a proposta de Teoria da Justiça a embasar a interação Direito-Economia a partir do pensamento de Amartya Sen, no item conclusivo.

Com efeito, alguns indicadores contemporâneos como o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH representam o abandono da análise do desenvolvimento apenas em termos de crescimento econômico, e podem ser valiosos para a compreensão do Direito a partir da Economia.

A adoção de métodos indutivos e empíricos pode ser o recurso adequado para afastar alguns problemas oriundos da abstração excessiva, complementando e aprimorando os resultados das pesquisas dedutivas e teóricas.

Enfim, é preciso reinventar em boa medida, analítica, teórica e metodologicamente, a Análise Econômica do Direito, de modo a tornar mais acurados e fidedignos seus resultados, aumentando sua cientificidade e dificultando a manutenção de dogmas contrafáticos ideologicamente enviesados, da qual encontra-se prenhe, especialmente em visões como a da Escola de Chicago.

Isso não significa, por outro lado, abandonar tudo aquilo que a Análise Econômica do Direito proporcionou desde seu surgimento, mas em revisar criticamente aqueles resultados a partir de uma sofisticação do instrumental utilizado, além de outros ajustes propostos adiante.

Em termos de necessária cautela é preciso, ainda, rever alguns “dogmas” assumidos ou implícitos, em teorias e modelos que embasam a análise econômica. Como evidenciado ao longo do Capítulo I, um desses “dogmas” consiste na crença acerca da superioridade do mercado em relação ao Estado e na desnecessidade de sua regulação, pois parece bastante razoável sustentar que embora a estatização da economia seja indesejável, a operação desregrada do mercado também pode sê-lo – como mostra evidência recente – e que há que se buscar um nível adequado entre

liberdade econômica e regulação como único meio de evitar os inconvenientes graves de qualquer das opções extremas.¹⁶⁴⁷

Além do estudo do comportamento e dos efeitos do sistema jurídico sobre a sociedade, assim como da interação entre Estado e mercado, a Economia pode auxiliar o operador do Direito por estudar a alocação de recursos escassos entre finalidades disjuntivas, sendo capaz de proporcionar instrumentos valiosos na gestão de recursos com vistas ao desenvolvimento de políticas voltadas ao atingimento das finalidades estabelecidas pela política democrática no ordenamento jurídico. Outros desenvolvimentos podem ser úteis e válidos, pelo que se sustenta a possibilidade e a conveniência da interlocução entre Direito-Economia.¹⁶⁴⁸

Por outro lado, para além das adequações necessárias, pelas razões demonstradas ao longo de todo o trabalho, parece restar evidenciado que a Economia contemporânea, por força de seu próprio objeto, possui limitações intrínsecas¹⁶⁴⁹ em termos de suas potenciais contribuições para o conhecimento jurídico.

O processo de redução do escopo e do objeto da Ciência Econômica e sua “amoralização”, explorados ao longo do Capítulo I e criticados no Capítulo III, fizeram com que a mesma, como é compreendida atualmente, possa contribuir apenas em certa medida no que diz respeito a uma compreensão mais profunda dos fenômenos jurídicos.

Como visto, os juízos econômicos contemporaneamente consistem em juízos sobre a eficiência ou economicidade de dada alocação de recursos, deixando de lado toda uma gama de elementos que podem ser da maior importância para o jurista.

¹⁶⁴⁷ A relação entre Estado, Direito e mercado repercutirá na questão da relação entre eficiência, Ética e Justiça, encontrando-se os temas inextricavelmente vinculados.

¹⁶⁴⁸ Como ensina Albert Calsamiglia, “os economistas estão em condições de contribuir com métodos para o cálculo da eficiência social das leis e as sentenças. O modo de questionar e supor em Economia é interessante aplica-lo no estudo do direito. Seus modelos servem também para questionar por que o direito é como é e, ademais, permitem sugerir reformas legislativas adequadas para atingir os objetivos. A faceta prescritiva – proibida pela metodologia jurídica tradicional – origina problemas importantes desconhecidos do ponto de vista tradicional.” CALSAMIGLIA, A. p. 327.

¹⁶⁴⁹ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 87.

Há que se observar que a Economia não trabalha com outros constrangimentos que não os oriundos de suas próprias leis – exemplificativamente, aqueles impostos pelo princípio da escassez – ao passo que o operador do Direito deve levar em consideração inúmeros constrangimentos oriundos do ordenamento jurídico.¹⁶⁵⁰

Além disso, o Direito, que igualmente sofreu um processo de “amoralização” e redução de escopo por força do positivismo jurídico em suas variadas matizes, vem recentemente conhecendo uma reaproximação para com a Ética, para com a categoria do justo e para com a ideia de Justiça.¹⁶⁵¹

As Constituições outrora concebidas apenas como Cartas Políticas, ou seja, como meras organizadoras do Estado e do poder político, passaram por um processo de transformação, com marcada e ascendente influência humanista e com crescente centralidade da pessoa humana.¹⁶⁵²

¹⁶⁵⁰ Exemplificativamente: imagine-se que em dada situação de criminalidade crescente, na comparação entre políticas públicas de promoção de bem-estar e aumento da repressão pelo aparelho repressivo do Estado este último revele-se, no curto prazo, mais econômico do que a primeira. O pensamento econômico convencional tenderá a propugnar pelo recrudescimento da sanção penal, que promoveria desincentivos maiores ao criminoso, mas o jurista deverá compatibilizar a racionalidade de custo-benefício com outros fins e valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como a redução da desigualdade social, a promoção da dignidade da pessoa humana. Ou imagine-se que se demonstre que uma punição em um período de tempo extremamente curto é muito mais eficiente do que uma punição após o transcurso de um lapso temporal maior. O economista convencional tenderá a propugnar a adoção da primeira solução, mas o jurista deve levar outros fatores em consideração, especialmente o devido processo legal e as exigências de ampla defesa e contraditório, e demais garantias do acusado. Como observa Calsamiglia, “o critério de eficiência é um critério útil – ainda que não seja o único – no momento de delinear instituições. E esta é uma ideia fundamental para saber o que é um bom direito. Vale dizer, introduz este conceito como um dos fundamentais do direito bem feito.” CALSAMIGLIA, A. p. 329.

¹⁶⁵¹ Através do denominado pós-positivismo e do denominado neoconstitucionalismo – para alguns neopositivismo. Nessa linha de problematização das relações apropriadas entre Direito e Moral convém lembrar os nomes de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Sobre a temática, veja-se CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009, p. 133 e ss., especialmente.

¹⁶⁵² Sobre a temática veja-se CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 377 e ss.; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 09 e ss.; DANTAS, I. **Constituição & Processo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 65 e ss.; BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 560 e ss.; ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 25 ss.

Determinados valores intimamente ligados às ideias associadas a certa concepção de Ética e de Justiça – como a dignidade da pessoa humana – têm sido expressamente reconhecidos e protegidos.

Esta reaproximação do Direito e da Justiça, sem se traduzir em uma restauração de algum tipo de Jusnaturalismo, faz com que toda uma pauta de valores seja elevada ao topo do sistema jurídico.

O caráter amoral da Economia ortodoxa convive mal, portanto, com o processo contemporâneo de reaproximação entre Direito e Moral e de centralidade da pessoa humana, de modo que neste campo originam-se algumas tensões entre o pensamento jurídico e o pensamento econômico.

O principal problema quanto ao particular parece consistir no fato de que a introdução acrítica da racionalidade econômica no campo jurídico pode implicar retrocessos quanto àquele processo de reaproximação.

O tema das relações entre Economia, Ética e Justiça, será objeto de reflexões na seção 4.3 do presente Capítulo, pelo que se renuncia, no momento, a maiores considerações sobre o particular.

Como é evidente, a categoria essencial do raciocínio Econômico é a eficiência, resultado de um juízo analítico de custos e benefícios. No ordenamento jurídico, por outro lado, a eficiência não é senão um valor ao lado de vários outros constitucionalmente estabelecidos.

Nesse contexto, convém observar que a compatibilização prática dos diversos valores contemplados pelo ordenamento jurídico – em certa medida contraditórios – faz como que por vezes alguns sejam sacrificados alguns em nome da economicidade mas, não menos vezes, exige o contrário, ou seja, que a eficiência seja sacrificada em nome de outros valores – ou bens – considerados mais prementes no caso concreto.

A categoria unidimensional da eficiência econômica revela-se, pois, incapaz de dar conta dos inúmeros valores protegidos pelo Direito, e, portanto, faz com que a Economia tenha limites heurísticos e cognitivos severos dentro do campo jurídico,

sob pena de promoverem-se distorções e deformações como as analisadas no Capítulo II.¹⁶⁵³

Além disso, a Economia convive muito de perto com a noção de disponibilidade, o que é verdadeiro também para visões como aquela sustentada por Posner¹⁶⁵⁴. Aqui surge outro ponto premente de tensão entre pensamento econômico e pensamento jurídico, pois a própria noção de constitucionalização traz consigo a noção de indisponibilidade de alguns bens ou valores, em função da sua fundamentalidade.¹⁶⁵⁵

Notadamente os direitos fundamentais encontram-se diretamente vinculados a tal noção de indisponibilidade, dada sua importância e centralidade atual no ordenamento jurídico-constitucional, na reflexão teórica e na prática jurisprudencial, de modo que as reflexões sobre a relação entre eficiência e Direitos, feita no item 4.2. a seguir, poderão ser esclarecedoras de alguns aspectos de tal tensão.

Desse modo, ressalte-se a existência de importantes limites às contribuições da Economia para com o campo jurídico, inerentes às características da primeira em sua concepção contemporânea e oriundas, ainda, de alguns pontos de tensão dificilmente conciliáveis, como a unidimensionalidade da primeira em contraste com a pluridimensionalidade do segundo e, ainda, a noção de disponibilidade dos bens econômicos, contrastante com a noção de bens ou valores indisponíveis presente no Direito.

Desse modo, uma leitura econômica do Direito adequada deve buscar evitar sua utilização como instrumento sub-reptício de afastamento dos variados valores

¹⁶⁵³ Como recorda Albert Calsamiglia com base em Manuel Atienza, a legislação seria informada por um conjunto de racionalidades. Ao lado de uma racionalidade comunicativa – comunicação entre emissor e destinatário –, de uma racionalidade jurídico-formal – inserção harmoniosa das normas no ordenamento –, de uma racionalidade pragmática – ajuste das condutas dos indivíduos às prescrições legais –, de uma racionalidade técnica – adequação entre meios e fins – e, ainda, de uma racionalidade ética. Esta última exige que a lei possua uma justificação ética tanto quanto às condutas quanto com relação aos fins. CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 308.

¹⁶⁵⁴ Rememore-se, para tanto, a argumentação de Posner no Capítulo II ao tentar demonstrar a “superioridade” da “ética” da maximização da riqueza sobre o utilitarismo a partir do exemplo do torturador, que teria de “comprar” o direito de torturar.

¹⁶⁵⁵ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.* p. 378 e ss.

característicos do campo jurídico e sua substituição pelo valor unidimensional da eficiência econômica.¹⁶⁵⁶

Deve, ainda, cuidar para não ser convertida em um instrumento reacionário de reversão do processo atualmente em curso de reaproximação entre Direito e Moral.

Deve, por fim, ser feita de maneira consciente relativamente à noção de indisponibilidade de alguns bens e valores, presente no Direito, que deve ser preservada, não podendo ser corrompida com base em raciocínios simplistas de custo-benefício que partem de uma categoria axiológica unidimensional – eficiência ou economicidade, calcada, ainda, em conceitos de eficiência passíveis de contestação. Ou seja, não deve ser convertida em instrumento de disposição daquilo que pode plausivelmente ser considerado indisponível.¹⁶⁵⁷

Por fim, mas não menos importante, faz-se necessário conciliar as contribuições possíveis da Economia para o campo jurídico com aspectos relativos à Ética e à Justiça, rechaçando-se o “imperialismo” economicista que represente a recusa pragmática de direitos e de Justiça e o nihilismo ético.¹⁶⁵⁸ A refutação de tais propostas e a construção de uma abordagem alternativa constituirá o tópico central do presente capítulo conclusivo da tese.

¹⁶⁵⁶ Sob pena de ocorrer o já advertido por Hans Küng, a saber, “que a *ciência* fique à mercê de interesses econômicos, em prejuízo de sua função de instância de controle mais objetiva e crítica possível.” KÜNG, H. *op. cit.* p. 287.

¹⁶⁵⁷ Seriam exemplos nítidos a liberdade pessoal, os órgãos do corpo, a vida, e assim por diante. Diferentemente do pensamento de Posner, no qual os elevados custos de transação impostos pela necessidade de consentimento de uma vítima para ser torturada por um maníaco, há que se considerar a impossibilidade inerente a uma tal transação em virtude de outros valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, conferir o ensinamento de Calsamiglia: “Os economistas costumam traduzir todos os problemas em termos monetários. Isso pode ser aceitável quando tratamos de laranjas e maçãs, mas é muito mais difícil de precisar quando se encontram em discussão valores como a vida ou a integridade física.” CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* pp. 333-334.

¹⁶⁵⁸ Com efeito muitos dos estudos sobre Análise Econômica, a partir da noção de que direitos possuem custos e consistem em alocações seletivas de recursos escassos podem ter por efeito vilipendiar tais instituições, em nome de um pragmatismo que, por vezes, beira o cinismo, baseando-se em apologia à escassez, à eficiência e aos *tradeoffs*, buscando instaurar uma dúvida sistemática sobre os direitos e uma indiferença ética aos resultados da livre operação dos mercados indiferente aos direitos. Stephen Holmes e Cass Sunstein definem direitos, de um ponto de vista pragmático, como alocações seletivas de recursos escassos. HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **Cost of Rights, The: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999, p. 131-132.

Encerrando este item introdutório que visa elucidar os itens sucessivos, há que se acrescentar um último argumento. Ao que parece a Economia pode proporcionar importantes aportes para o conhecimento jurídico especialmente no que diz respeito aos *meios* necessários para se realizar os *fins* estabelecidos em outras esferas – notadamente, na esfera democrática.¹⁶⁵⁹

A Economia relativamente pouco tem a dizer sobre os fins a serem perseguidos pela sociedade ou pelo Estado – isso até mesmo Posner reconhece, ainda que apenas retoricamente – mas pode dizer algo de valioso sobre os recursos disponíveis, os possíveis custos e os benefícios.¹⁶⁶⁰

A tentativa de inversão desta relação, fazendo-se com que a Economia dite os *fins* do Direito e de suas instituições, parece unidimensional e intrinsecamente incompatível com a concepção de Direito – e de Justiça – que permeou a civilização ocidental, notadamente nos últimos três séculos, com o advento da concepção de direitos do homem.

A concepção do Direito como ditado exclusivamente pela eficiência, bem como a proposta de uma Ética ou moralidade fundada apenas no valor da eficiência, como as concepções propugnadas por Posner, podem ser consideradas teratológicas e merecem ser rechaçadas, portanto.¹⁶⁶¹ Reputa-se que a noção de eficiência desserve como fundamento de uma Teoria do Direito e de uma Teoria da

¹⁶⁵⁹ “Observar o fenômeno jurídico do ponto de vista da eficiência pode ser especialmente útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos. Os instrumentos jurídicos podem ser eficientes ou não. Um legislador não apenas está preocupado em estabelecer um modelo ideal ao qual deve tender, mas também está preocupado com os *melhores* caminhos que conduzam a este objetivo.” CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 335.

¹⁶⁶⁰ O que não implica negar que a eficiência ou a economicidade possa ser um valor ao lado de outros, mas implica tão somente em negar que seja o único valor ou o mais importante a ser preservado. CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 305. Mais adiante, observa o autor: “De um lado, afirmou-se que a eficiência não é nem o primeiro nem o único valor relevante. Possivelmente uma sociedade muito igualitária não seja uma sociedade muito eficiente, mas pode ser preferível a uma sociedade fortemente desigual e muito eficiente. Não há qualquer razão que permita decidir racionalmente que a eficiência seja o único valor ou o principal valor que serve de justificativa para uma determinada sociedade. Poderíamos nos perguntar se a riqueza social é um valor último, um valor instrumental ou ainda se não é um valor em absoluto.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 312.

¹⁶⁶¹ Albert Calsamiglia observa que “a postura de Posner é exagerada e não encontraria consenso entre os teóricos da Economia, pois já vimos que existe uma importante literatura que se preocupa pelo tema das relações entre eficiência e equidade. Existem situações nas quais as decisões eficientes não devem ser aplicadas por questões de equidade. Ao mesmo tempo podem existir situações ótimas: eficientes e equitativas.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 326.

Justiça passível de ser levada a sério¹⁶⁶², o que será desenvolvido no item 4.3, conclusivo do presente Capítulo. Como ensina Albert Calsamiglia

é indubitável que estabelecer pontes com outras disciplinas sociais é importante para ampliar o nível discursivo da ciência jurídica. Observar mais de perto as teorizações dos economistas não transformará os juristas em economistas, mas lhes permitirá compreender suas contribuições e integrá-las em um marco comum mais amplo e profundo.¹⁶⁶³

É exatamente estabelecer algumas propostas que possam vir a possibilitar, ao longo do tempo e com outras contribuições, o advento de tal marco, que se elaborarão as considerações do presente Capítulo.

Nos itens sucessivos buscar-se-á explorar aspectos que são desenvolvimentos de tal temática, especialmente a partir das relações entre Direito, Economia e Justiça, a partir da problematização das visões econômicas sobre os direitos.

4.1.2.2 Estado, Direito e mercado e Teoria da decisão judicial

Ao se discutir a interação entre Direito e Economia, é inescapável evidenciar aspectos relativos à interação entre mercado, Estado e Direito, bem como à teoria da decisão judicial sustentada por Posner. Embora estes não constituam o objeto

¹⁶⁶² Ressalve-se, com base no pensamento de Albert Calsamiglia, que “uma sociedade bem planejada supõe o respeito ao princípio da igualdade. Mas uma sociedade não é justa simplesmente por respeitar uma determinada concepção de igualdade, também deve alocar corretamente os recursos. Uma sociedade que desperdice recursos que atendem necessidades básicas não é uma sociedade justa. A eficiência poderia ser considerada como um dos componentes essenciais da justiça. Mesmo que evidentemente não seja o único e tampouco o mais importante. Seguramente a eficiência pode ser um valor que se encontre em relação inversa com outro dos componentes fundamentais da ideia de justiça, como o princípio da igualdade.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 305.

¹⁶⁶³ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 308.

central da investigação, ambas as questões encontram-se diretamente vinculadas à questão da interação entre eficiência e Justiça.¹⁶⁶⁴

Como já visto, muitas das assunções explícitas ou implícitas presentes nas teorias e modelos da Economia ortodoxa que serve de base às visões econômicas sobre o Direito são inclinadas ideologicamente, tendendo a adotar uma perspectiva de livre mercado.

De um ponto de vista prático tais visões podem respaldar a tendência de retração do Estado, de sua regulação e de perda de seu protagonismo em termos de políticas públicas e econômicas e, conseqüentemente, de promoção de objetivos inspirados por considerações de Justiça ou equidade.

Isto está diretamente vinculado ao problema das relações entre Direito, Ética e Justiça, pois parece plausível sustentar que a operação do capitalismo em suas diversas fases históricas proporcionou farta evidência empírica de suas limitações morais e dos problemas de injustiça que o assolam, especialmente de um ponto de vista de uma distribuição minimamente equânime da riqueza e da satisfação minimamente adequada das necessidades de grande parcela da humanidade.

O mecanismo conhecido para tentar reduzir os severos problemas sociais e de Justiça engendrados pela operação do modo de produção capitalista, historicamente tem sido a intervenção estatal, seja pela regulação do mercado, seja pela promoção do bem-estar social através de políticas públicas que permitam o acesso a um mínimo de bens necessários à existência humana.

Portanto a discussão da relação entre eficiência, Ética e Justiça perpassa, necessariamente, a questão relativa à intervenção do Estado na ordem econômica.¹⁶⁶⁵

¹⁶⁶⁴ Pois mesmo que se considerasse o mercado como capaz, por si só, de induzir à eficiência, não parece decorrer logicamente daí conceber que ele seja capaz por si só de promover o objetivo da justiça, pelo que a intervenção estatal é um tema intimamente conexo. Obviamente tal entendimento funda-se na visão de irredutibilidade da justiça à eficiência.

¹⁶⁶⁵ O que não significa que toda intervenção estatal na ordem econômica e que toda política pública seja voltada para a promoção da justiça, nem mesmo que a maioria das intervenções ou políticas estatais o sejam.

Albert Calsamiglia acuradamente distingue, no campo da Economia, aquela que denomina perspectiva econômica do bem-estar e a perspectiva de livre-mercado. Segundo o autor, a primeira proporcionaria aos juristas contribuições especificamente no que diz respeito à construção de modelos úteis à interpretação da complexa realidade social.¹⁶⁶⁶

Por outro lado, ensina o autor que as doutrinas da economia do livre mercado seriam “todas aquelas que utilizam os teoremas fundamentais da economia do bem-estar para justificar a deseabilidade da economia do livre mercado.” Além do problema da ocultação de inclinações ideológicas, a adoção de dita perspectiva implicaria que “em muitas ocasiões – sem nenhum espírito crítico – se oferecem interpretações das teses da teoria econômica que vão muito além de seus limites”, o que teria dado lugar, segundo o autor, “a uma confusão entre a teoria econômica do bem-estar e a defesa sem limite das leis do mercado ou do neoconservadorismo.”¹⁶⁶⁷

Uma visão econômica do Direito calcada na perspectiva de livre mercado, como descrita por Calsamiglia, padece necessariamente de problemas no que diz respeito à referida defesa do neoconservadorismo, traduzida especialmente na tendência que tem sido denominada neoliberalismo.

Assim, para que seja possível a conciliação da análise econômica com a Ética e a Justiça¹⁶⁶⁸, há que se recusar a perspectiva centrada no livre mercado a que se

¹⁶⁶⁶ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 309. Observa o autor que “os modelos que a teoria econômica utiliza são sempre muito simples e fazem abstração de muitos aspectos da realidade. Sua utilidade não se encontra na descrição da realidade, mas na luz que pode oferecer para formular problemas, para questionar-se a partir do modelo por que a realidade é como é e para propor medidas para melhorar a sociedade. A teoria econômica é analítica e seu valor cognoscitivo se encontra fortemente relacionado com a delimitação precisa de um problema e seu isolamento de outros problemas que se costumam tratar indiferenciadamente.” CALSAMIGLIA, A. *id.* pp. 309-310.

¹⁶⁶⁷ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 310. O autor atribui a possibilidade de tal extensão a vários fatores possíveis, como a sofisticação da linguagem e a dificuldade de acesso a fontes originárias, entre outros. *Ibid.* Cabe aqui a observação de Küng, no sentido de que “no ultraliberalismo economicista existe – dito com toda a precisão – o *risco de que o subsistema da economia de mercado se eleve de fato à categoria de um sistema total*, de forma que direito, política, ciência, cultura e religião não apenas sejam analisados mediante instrumentos econômicos (o que seria legítimo), mas que se vejam na prática submetidos à economia, domesticados por ela e definitivamente desvirtuados.” KÜNG, H. *op. cit.* p. 286. É exatamente contra tal risco na seara jurídica que se insurge o presente trabalho.

¹⁶⁶⁸ Adiante sustentar-se-á a necessidade de se buscar promover tal conciliação e os fundamentos para tal desiderato.

refere Küng, ou a Economia pseudocientífica na terminologia de David Kolacinski, caracterizada por “ser implicitamente normativa de forma a defender, sem assumi-lo, a economia dos ricos”, e por “negar este elemento normativo pela pretensão de uma cientificidade neutra.”¹⁶⁶⁹

E é exatamente esta a perspectiva que baseia as teorizações de Hayek, apologéticas do livre mercado e indiferentes à imoralidade e à injustiça de seus resultados, e de Posner, apologéticas dos detentores da riqueza e igualmente indiferentes à injustiça do capitalismo real desenfreado e brutal. Calsamiglia elabora uma crítica às doutrinas do livre mercado, afirmando que

*As economias atuais não satisfazem as hipóteses sugeridas pela teoria econômica e, portanto, o teorema não pode aplicar-se a qualquer situação social. Portanto, toda aquela doutrina econômica que busque apoio na teoria econômica sem respeitar os próprios limites de seu discurso usa e abusa da teoria para atingir objetivos políticos.*¹⁶⁷⁰

A contrafaticidade, como já visto ao longo de todo o trabalho, retira em boa medida a aptidão das concepções teóricas de livre mercado para explicar a adequada interação entre mercado e Estado. As evidências empíricas sugerem, contrariamente, a necessidade de intervenção corretiva do Estado, especialmente em determinadas situações em que os custos sociais de uma atividade excedem seus custos individuais, como teorizado pela Economia do Bem-Estar e por autores como Arthur Cecil Pigou.

De acordo com Calsamiglia, quatro situações – além da contrafaticidade – demonstram claramente as limitações do modelo paretiano, a saber, situações caracterizadas como o dilema do prisioneiro, o problema dos bens públicos, o problema das externalidades e as situações de informação assimétrica.¹⁶⁷¹

¹⁶⁶⁹ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 88. Afirma o autor ser falsa a pretensão de negar a base dogmática da análise neoclássica, compreendidas suas modelizações que “não podem fazer outra coisa senão servir aos interesses dos ricos e perpetuar o atual estado de coisas”, legitimando a “civilização do dinheiro”. KOLACINSKI, D. *ibid.*

¹⁶⁷⁰ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 319.

¹⁶⁷¹ CALSAMIGLIA, A. *ibid.*

As conclusões a partir do dilema do prisioneiro, segundo Calsamiglia, são que “em primeiro lugar, nem sempre existe uma relação direta entre racionalidade e eficiência” e que, “mesmo aceitando que o homem sempre se comporta racionalmente, podemos encontrar casos nos quais uma conduta racional leva a uma solução social ineficiente.”¹⁶⁷²

A objeção é importante porque demonstra que, em um espectro importante de situações possíveis, o mercado não conduz ao melhor resultado pela simples racionalidade individual em busca da maximização do autointeresse dos agentes, necessitando, antes, da coordenação pela ação do Estado e do Direito, que deve prover incentivos adequados para um melhor resultado social.

Calsamiglia chama a atenção também para o fato de que as teorizações de Adam Smith sobre o caráter autorregulador do mercado partem da pressuposição de bens privados – em sentido econômico, passíveis de fruição exclusiva – e não de bens públicos – também em sentido econômico, não passíveis de fruição exclusiva.¹⁶⁷³

O autor evidencia que, partindo do pressuposto de indivíduos egoístas e maximizadores-rationais, haveria uma insuficiência na oferta de bens públicos, pois com relação a eles todos tenderiam a comportar-se como *free riders*, pretendendo beneficiarem-se da iniciativa dos demais sem concorrer para com os custos respectivos. Tal comportamento seria corrigido por normas que induzem à cooperação – como a tributação compulsória.¹⁶⁷⁴

O problema diz respeito, por exemplo, a instituições voltadas à assistência social. Napolitano e Abrescia evidenciam que embora os indivíduos experimentem uma sensação positiva quando os demais membros da sociedade vivem em

¹⁶⁷² CALSAMIGLIA, A. *id.* p.320. “Há algumas situações na vida nas quais a racionalidade e o egoísmo não conduzem às consequências previstas pela Economia clássica.” *Id.* P. 321. Sobre o dilema do prisioneiro remente-se a FIANI, R. ...p. 110.

¹⁶⁷³ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 321.

¹⁶⁷⁴ CALSAMIGLIA, A. *ibid.*

condições de vida aceitáveis, a iniciativa altruísta individual não raro coloca o agente em uma situação de dilema do prisioneiro.¹⁶⁷⁵

Com efeito, considerando-se que sua contribuição individual promove uma melhoria quase imperceptível da condição dos desfavorecidos e que apenas a contribuição conjunta de muitos se revela capaz de atingir resultados mais satisfatórios em termos de agregado, sua tendência será não contribuir com nada, independentemente do grau de contribuição dos demais.¹⁶⁷⁶

Tais problemas envolvendo a condição de *free rider* podem ser resolvidos por meio de diversos mecanismos de coordenação da ação coletiva, como as organizações caritativas.¹⁶⁷⁷

No entanto, observam os autores que apenas o Estado, com seu poder coercitivo, revela-se capaz de promover programas redistributivos em grande escala no sentido de melhorar as condições de vida de diversas categorias de necessitados.¹⁶⁷⁸

O mercado é revela-se incapaz de fornecer um suprimento minimamente adequado de determinados bens públicos, como evidencia Galbraith, e tal suprimento far-se-á pelo Estado, atuando como mecanismo de alocação de recursos regido por uma racionalidade diversa do mercado e, em grande medida, para corrigir seus efeitos deletérios sobre a vida das pessoas.¹⁶⁷⁹

Recorde-se que esta questão está intimamente relacionada à Justiça ou eticidade da sociedade, conforme se verá ao abordar a temática referente à Teoria da Justiça e sua conexão com a eficiência.

Quanto ao problema das externalidades ou efeitos externos, Calsamiglia evidencia que a perspectiva do livre mercado sustentou uma concepção da

¹⁶⁷⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 77.

¹⁶⁷⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁷⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁷⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁷⁹ Eis um dos principais problemas em se propugnar a introdução da racionalidade economicista de mercado no âmbito da esfera pública estatal.

racionalidade econômica como uma racionalidade paramétrica entre indivíduo e mercado, sem reconhecer interconexões entre os indivíduos fora do campo do mercado.¹⁶⁸⁰

Orientar a ação estatal ignorando a interdependência que existe de fato entre os indivíduos seria no mínimo temerário. A interconexão entre pessoas que convivem na sociedade faz com que nenhum efeito oriundo da exclusão social, por exemplo, restrinja-se aos diretamente afetados, como demonstram à sociedade os estudos que associam os níveis de exclusão social e de criminalidade, sendo que os últimos afetam a maioria dos estratos sociais, senão todos.

Assim faz-se necessário evidenciar os limites de concepções calcadas em um atomismo irreal e em uma racionalidade que o pressuponha.

Por fim, quanto ao problema da assimetria de informação, uma vez mais Calsamiglia demonstra que sem a atuação corretiva do Estado ou de outro mecanismo equivalente, o resultado eficiente não é atingido pela simples racionalidade.¹⁶⁸¹

De acordo com Calsamiglia, é incorreto identificar eficiência com mercado livre em qualquer circunstância. Afirma o autor que “os limites da teoria econômica justificam uma atividade estatal externa ao mercado”, e que “justificam, portanto, a intervenção estatal e outro tipo de instituições que não são mercados.”¹⁶⁸²

Portanto, afastando-se das visões liberais extremadas, parece plausível compreender que, mesmo a partir de uma visão econômica,

a tarefa fundamental do Estado seja promover aquelas condutas cooperativas em situações de dilema do prisioneiro que aumentam o bem-estar de todos os cidadãos. Torna-se possível, assim, garantir o fornecimento de bens e serviços que a iniciativa privada não é capaz de oferecer em um nível socialmente desejável. Em presença de falhas de mercado, portanto, ações provocadas, coordenadas ou tornadas

¹⁶⁸⁰ CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 322. “Precisamente por esta razão, porque a racionalidade econômica nas sociedades não é paramétrica, indagou-se e se está trabalhando no estudo da racionalidade estratégica.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 323.

¹⁶⁸¹ CALSAMIGLIA, A. *ibid.*

¹⁶⁸² CALSAMIGLIA, A. *id.* pp. 334-335.

obrigatórias pela intervenção pública podem introduzir melhorias na eficiência alocativa.¹⁶⁸³

Segundo Napolitano e Abrescia, não se pode descartar que o Estado deva cumprir tal papel e que, com base nos modelos que vigoraram durante o Século XX, a ele caibam também funções redistributivas.¹⁶⁸⁴

Ainda de acordo com o pensamento dos autores italianos, ao Estado caberiam três funções fundamentais, quais sejam, estabilização macroeconômica, redistribuição de renda e aumento da eficiência alocativa.¹⁶⁸⁵ Observam os mesmos que

Reveste-se então de particular importância a distinção entre os casos nos quais a intervenção pública determina um aumento na eficiência alocativa, em virtude da qual todos os membros da coletividade se encontrarão em uma condição melhor, dos casos em que a intervenção pública introduz diretamente medidas redistributivas. Neste último caso, realmente, após a iniciativa estatal alguns se encontrarão em uma situação melhor e outros em uma situação pior. Todos, porém, estarão em condições de atingir determinados níveis de vida, de desenvolvimento e de consumo.¹⁶⁸⁶

É exatamente a promoção do acesso de todos a níveis mínimos de vida, pelo menos, que justifica a intervenção estatal no mercado e conecta esta intervenção à questão da Justiça e da eticidade daquela sociedade e daquele sistema econômico, na medida em que embora seja difícil – ou quase impossível – definir Justiça, não parece tão difícil constatar a injustiça patente situações de privação de bens essenciais, como água, comida e assistência médica – e trabalhar no sentido da redução concreta de tais situações.

De se observar ainda, com base no pensamento dos referidos autores italianos, que se for correto considerar que um mercado caracterizado pela perfeita concorrência revela-se capaz de promover uma alocação ótima, modificando a

¹⁶⁸³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 75.

¹⁶⁸⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁸⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁸⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

distribuição inicial de recursos, então forçosamente conclui-se a partir das mesmas premissas que o mercado seria capaz de recriar continuamente equilíbrios eficientes “independentemente do tipo de redistribuição de recursos entre os indivíduos promovida pelos poderes públicos de acordo com critérios político-morais de justiça social.”¹⁶⁸⁷

Esse argumento é importante na medida em que infirma grande parte das argumentações ideologizadas apologéticas à liberdade de mercado extrema e quase anárquica.

Napolitano e Abrescia observam ainda que a formulação de um juízo acerca da admissibilidade da redistribuição de recursos pelo Estado depende da concepção que se tem do mesmo e de sua missão. Observam os autores existirem duas visões principais acerca de tal missão, quais sejam, a que propugna como papel do Estado a maximização da riqueza e a que propugna como tal a maximização do bem-estar. O principal elemento de mensuração da atuação estatal, na primeira perspectiva, é o Produto Interno Bruto – PIB.¹⁶⁸⁸

Sob a concepção do Estado como agente maximizador da riqueza, a função estatal assemelha-se à de uma empresa, cabendo-lhe assegurar aos particulares meios e recursos para a persecução de seus fins privados.¹⁶⁸⁹

Contrariamente, o Estado concebido como maximizador do bem-estar social costuma ter seus resultados mensurados a partir de indicadores diversos do PIB, como demonstra Amartya Sen.¹⁶⁹⁰

Tal abordagem, inspiradora da maioria das Constituições do Século XX, caracteriza-se pela garantia de uma série de prestações essenciais que visam melhorar as condições de vida dos cidadãos – alimentação, assistência à saúde,

¹⁶⁸⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Perceba-se que tal visão poderia mesmo sustentar a superioridade de um sistema em que haja operação combinada entre mercado e regulação do que um sistema de livre mercado absoluto.

¹⁶⁸⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 79.

¹⁶⁸⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁹⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Trata-se de outros indicadores como o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, o NBI – Necessidades Básicas Insatisfeitas, entre outros.

habitação, entre outros.¹⁶⁹¹ Evidentemente a eficiência da ação estatal será um elemento de avaliação da mesma, como recorda Calsamiglia:

A intervenção do Estado na economia justifica-se fundamentalmente pela capacidade da administração estatal em oferecer ou não serviços públicos adequados. À legitimação pela legalidade soma-se a legitimação pela eficácia e pela eficiência. O que importa, ademais, é que a administração ofereça o máximo de bem-estar com o mínimo custo possível.¹⁶⁹²

No entanto há que se recusar que seja o único elemento de avaliação, sendo evidentes os objetivos de justiça social perseguidos pela ação estatal no campo de suas atividades redistributivas.

Tampouco parece plausível negar que o custo das atividades redistributivas do Estado e de sua intervenção no mercado não devam ser avaliados e não tenham relevância.¹⁶⁹³ Apenas se recusa que este seja o único ou o mais importante elemento a ser levado em consideração, haja vista a pluralidade de valores e de objetivos visados pela ação estatal.

É plausível reconhecer não ser adequado defender todo e qualquer grau de intervenção estatal no âmbito do mercado e tampouco sustentar que tal intervenção seja a panaceia para todos os males. Tampouco parece razoável sustentar que a eficiência seja irrelevante, e que o elemento custo possa ser desconsiderado.

Mas parece igualmente plausível reconhecer que o mercado possui problemas para os quais a intervenção estatal pode ser a solução necessária, e que ao lado a eficiência há outros valores e objetivos sociais que podem ser prioritários, bem como que o custo não deve ser o único elemento a respaldar as decisões acerca da atuação estatal.

¹⁶⁹¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Observam estes autores que “a maior parte das pessoas possui a mesma escala de necessidades, tornando-se possível, assim, a comparação interpessoal dos níveis individuais de satisfação de cada um deles.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁶⁹² CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 307.

¹⁶⁹³ “Os sistemas institucionais jurídicos estão baseados em quem tem direito, em quem tem a razão. O problema, ou melhor, nem todo problema se resolve mediante o critério do tudo ou nada. Por isso precisamente ter como *variável* importante a do mínimo custo social, a da eficiência, é uma exigência a levar em conta.” CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 334.

Não se endossa aqui a visão do “Estado-providência”, visto como panaceia para todos os males, mas rechaça-se igualmente e com veemência a visão do “mercado-providência”¹⁶⁹⁴ sustentada pelos apologetas do liberalismo extremo.

De modo que a visão da intersecção entre Direito e economia deve passar por uma revisão no que diz respeito aos pressupostos relativos à interação entre mercado e Estado, adotando uma posição mais equilibrada e menos tendenciosa em favorecer o mercado do que a presente, explícita ou sub-repticiamente, nas visões ortodoxas.

Quanto à teoria posneriana da decisão judicial, pelas mesmas razões deve ser rechaçada. Não há qualquer razão pela qual seria plausível compreender que decisões acerca de qualquer temática submetida à apreciação judicial devesse ser resolvida pela adoção da solução que, de acordo com um prognóstico do magistrado, revele-se como a mais eficiente, no sentido de maximizadora da riqueza.¹⁶⁹⁵

Isso se aplica aos mais variados temas. Não há qualquer razão plausível para que um litígio acerca de um descumprimento contratual ou de um acidente de trânsito seja julgado a partir do parâmetro eficientista proposto, em detrimento de outras questões, como a culpa, o dolo, a boa-fé, a lei ou o precedente.

Do mesmo modo e com mais razão ainda, não há qualquer justificativa convincente para que se possa propugnar que uma decisão acerca da preponderância do direito à vida em face da liberdade religiosa – ou vice-versa – seja calcada em pressupostos eficientistas. Tampouco em uma decisão relativa às uniões homoafetivas, à liberdade de expressão, à integridade física e assim sucessivamente.

A pluralidade de valores e bens protegidos pelo ordenamento torna muito pouco plausível qualquer teoria da interpretação ou decisão judicial calcada em um único “supervalor”, especialmente o valor plutocrático postulado pela Escola de Chicago.

¹⁶⁹⁴ A expressão deve ser creditada a Pierre Rosanvallon. ROSANVALLON, P. **Crise** *cit.* p. 26.

¹⁶⁹⁵ DWORKIN, R. **Uma questão** *cit.* pp. 399 e ss.

Na sequência do presente estudo, resta investigar quais as relações existentes entre a categoria da eficiência e os direitos subjetivos em geral, partindo-se da premissa de que os efeitos da primeira nesse campo são particularmente esclarecedores.

4.2 EFICIÊNCIA E DIREITOS: DOS CUSTOS DOS DIREITOS À ECONOMIA DOS DIREITOS

Analisadas algumas questões preliminares acerca da adequada interação entre Direito e Economia nos campos teórico e prático, dar-se-á sequência ao estudo abordando o problema da justiça ou eticidade do Direito a partir de uma perspectiva econômica, que aqui se reputa o principal problema que acomete as visões econômicas sobre o Direito aqui estudadas.

Buscar-se-á desenvolver uma análise preliminar acerca da visão econômica sobre os direitos, temática que se reputa intrinsecamente conexa ao referido problema, para posteriormente aprofundar o estudo das relações entre análise econômica, Ética e Justiça. Parte-se de uma premissa segundo a qual os direitos da pessoa humana podem ser considerados um componente básico integrante de algumas das mais importantes concepções contemporâneas de Ética e Justiça.¹⁶⁹⁶

Parece bastante evidente que a consagração de direitos ao longo da história do constitucionalismo moderno – em substituição aos antigos privilégios estamentais¹⁶⁹⁷ – vincula-se a algumas concepções éticas que passam a ser

¹⁶⁹⁶ Como se verá, a abordagem da Justiça proposta por Amartya Sen não visa a arranjos ideais de justiça perfeita, mas a acordos razoáveis para a redução de injustiças. Parece assim ser possível, de maneira plausível, sustentar que uma conexão entre Direito e Justiça seja promovida pelos direitos fundamentais ou direitos humanos, na medida em que estes podem ser razoavelmente concebidos como meios de efetiva redução de injustiças, e, neste sentido, podem operar como pauta da eticidade do sistema.

¹⁶⁹⁷ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.* pp. 51 e ss.

bastante difundidas no Ocidente, especialmente no período posterior às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, consolidando-se como valores políticos centrais, tais quais a liberdade e a igualdade.¹⁶⁹⁸

A emergência e o reconhecimento de sucessivas gerações de direitos humanos e fundamentais acompanha uma mudança nos valores dominantes nas sociedades políticas nos últimos séculos e, conseqüentemente, uma modificação na base de legitimação do Estado e do poder político.¹⁶⁹⁹

Ao longo de tal processo, o racionalismo, o Iluminismo e o humanismo puseram por terra as bases tradicionais e teocráticas de legitimação da esfera política, conduzindo a novos valores legitimadores da ordem política e, conseqüentemente, da ordem jurídica.

Duas ideias parecem ser prementes nesse contexto, quais sejam, o governo baseado no consentimento dos governados e o governo limitado – concepção dentro da qual os direitos, como institutos limitadores do poder político, desempenham um papel central. Posteriormente, na transição do Estado Liberal para o Estado Social, virão a integrar a base de legitimação do Estado as prestações decorrentes dos direitos sociais e econômicos, principalmente, o que remete ao problema conexo da justiça distributiva, abordado adiante.¹⁷⁰⁰

Ou seja, a base de legitimação teológica ou teocrática e tradicional do Estado é substituída pela base de legitimação secular, racionalista, iluminista e humanista. A valorização do ser humano passa a ser um dos principais fundamentos daquela

¹⁶⁹⁸ Nesse sentido confira-se o que Konrad Hesse ensina: “Como direitos subjetivos, fundadores de *status*, os direitos fundamentais são *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão. HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 232-233.

¹⁶⁹⁹ Sobre tais mudanças a literatura é vasta. Remete-se a CHEVALIER, Jacques. **Estado Pós-Moderno, O**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, especialmente pp. 23 e ss. e 183 e ss. Veja-se, ainda, VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁷⁰⁰ Sobre a crise do denominado Estado social remete-se, por todos, à análise de Pierre Rosanvallon. ROSANVALLON, P. **Crise** *cit.*

legitimidade, seja através da proteção da pessoa em face do poder político, seja através de sua participação na definição das políticas estatais, através de mecanismos democráticos, seja, posteriormente, na proteção da mesma pelo Estado em face da necessidade.

Sem maiores delongas na abordagem de tal processo, importa evidenciar que determinados valores passaram a prover a legitimação¹⁷⁰¹ do poder político em lugar daqueles valores anteriormente vigentes, e que a limitação do poder estatal em proteção da pessoa passou a gozar de uma posição central no pensamento político ocidental.

A proteção individual seria promovida especialmente através do reconhecimento e da efetivação de direitos, o que demonstra a íntima vinculação destes com os valores legitimantes da ordem política e jurídica, bem como com as concepções Éticas dominantes após as revoluções liberais dos séculos XVI e XVII.

Nesse sentido, os direitos¹⁷⁰² podem ser considerados como elementos integrantes de uma concepção de Ética ou de Justiça bastante difundida no ocidente nos últimos séculos, e que legitimaria todo o sistema político até a contemporaneidade.¹⁷⁰³

Os direitos possuem, neste ponto de vista, relação intrínseca com certa concepção de moralidade e com certa concepção do justo, calcada na centralidade do homem e na recusa à sua instrumentalização, e por isso nos servirão de balizas

¹⁷⁰¹ “As novas transformações do Estado contemporâneo produziram uma crise de legitimação. Os critérios tradicionais de justificação das decisões públicas são insuficientes hoje. Talvez por esta razão, o problema da justiça tenha passado a ser um dos principais problemas da reflexão atual.” CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 305.

¹⁷⁰² Inicialmente concebidos como direitos do homem, depois considerados como direitos fundamentais ou como direitos humanos.

¹⁷⁰³ Sustenta-se, singelamente, a hipótese de que os direitos – humanos ou fundamentais – consagrados nos últimos séculos após as revoluções liberais podem ser representativos dos valores integrantes do padrão médio de moralidade – ou da concepção média de Justiça – das sociedades modernas. Pretende-se a partir daí permitir que sirvam como parâmetro para extrair-se conclusões sobre as limitações inerentes a uma teoria eficientista da Justiça e do Direito, e a qualquer pretensão de Ética fundada na maximização da riqueza.

aqui para aferir a eticidade da análise econômica a partir de sua visão acerca daqueles.¹⁷⁰⁴

Resta, portanto, examinar as possíveis concepções dos direitos a partir de pontos de vista econômicos para, a partir deste ponto, buscar extrair algumas conclusões preliminares sobre o mérito moral daquelas concepções e sobre a possibilidade de construção de uma visão alternativa, buscando apontar os elementos necessários para tanto.

4.2.1 Perspectiva dos custos dos direitos

A perspectiva sobre os direitos a partir da ótica econômica mais difundida é aquela que poderia ser definida como *abordagem centrada nos custos*. Tal perspectiva, genericamente falando, parte do princípio da escassez e da premissa de que o reconhecimento e a efetivação de quaisquer direitos consumirá recursos para, daí, tirar certas conclusões acerca dos direitos.¹⁷⁰⁵

A abordagem centrada nos custos inicia por recordar, grosso modo, que os recursos econômicos são inerentemente escassos, e que as necessidades ou desejos humanos tenderiam invariavelmente ao infinito, pelo que haveria um descompasso constante entre ambas as dimensões.¹⁷⁰⁶

¹⁷⁰⁴ Segundo Hans Küng, com base em Peter Ulrich, “a democracia – pressupondo-se uma atuação econômica em benefício próprio – há que se compreender melhor eticamente: como um contrato social (em sentido kantiano), justo para todos, fundado em um consenso básico sobre direitos e deveres humanos universais, e no qual certamente nem todo homem sai ganhando, mas cada um é fundamentalmente reconhecido como pessoa e como sujeito de direitos.” KÜNG, H. *op. cit.* pp. 285-286.

¹⁷⁰⁵ A obra de referência é o livro intitulado *The Cost of Rights*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein.

¹⁷⁰⁶ Observa Küng que por vezes encontram-se os argumentos econômicos justificados associados com outras argumentações no sentido de ‘imperativos de realidade’, fáticos, ou ‘imperativos conceituais’, axiomáticos, eliminando-se qualquer alternativa. Observa o autor que “não obstante, o que com frequência nos é apresentado pelos especialistas como ‘normalidade intrínseca’ ou como ‘imperativos’ econômicos quase naturais não precisa ser admitido em

Em seguida, normalmente se frisa o fato de que os direitos consomem recursos escassos para seu reconhecimento e sua efetivação, bem como que a escassez torna incontornáveis certos *trade offs*, e a tomada de escolhas trágicas. Tal abordagem enfatiza, como ensinam Giulio Napolitano e Michele Abrescia, que tal perspectiva insiste na argumentação no sentido de que

os direitos (...) são relativos porque sua garantia gera um custo para o Estado e para a comunidade: seu gozo efetivo, portanto, é financeiramente condicionado. Tal conclusão é amplamente partilhada com relação aos direitos sociais. Sua garantia, realmente, requer um elevado aumento da despesa pública para subsidiar a prestação de serviços e a transferência de riqueza dos abastados para os mais pobres na sociedade.¹⁷⁰⁷

Algumas definições econômicas de direitos deixam de considera-los como faculdades, prerrogativas ou imunidades reconhecidas em favor de alguém pelo ordenamento jurídico – e, portanto, respaldadas pela força coercitiva do Estado –, para entendê-los simplesmente como alocações seletivas de recursos escassos¹⁷⁰⁸, visão sustentada, por exemplo, por Cass Sunstein e Stephen Holmes.

Tal ponto de vista tem várias consequências relevantes sobre a concepção dos direitos e sobre sua efetivação. Inicialmente, representa o completo abandono de qualquer deontologismo em nome de um pragmatismo e de um

princípio pelos legítimos representantes da política (e menos ainda pelos moralistas), e tampouco legitimado *a posteriori*.” KÜNG, H. *op. cit.* p. 287. Com efeito, muito da argumentação da perspectiva dos custos dos direitos busca afirmar imperativos de realidade inegáveis a partir de deduções e pressuposições.

¹⁷⁰⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 137. Ressalvando-se que, numa visão mais atualizada, como reconhecem os autores, sabe-se que todos os direitos – mesmo os direitos clássicos de liberdade – geram custos: “também a garantia dos direitos de liberdade origina um custo bastante elevado para a comunidade. Não é verdadeiro que somente o gozo dos direitos sociais reclama por serviços e prestações por parte do Estado. Na realidade, a tutela de qualquer direito é custosa: basta pensar nos recursos necessários ao funcionamento das forças policiais e dos órgãos destinados à prevenção e à repressão dos ilícitos contra a liberdade e o patrimônio.” *Ibid.* De todo modo, de fato, a crítica da perspectiva centrada nos custos recai pesadamente sobre os direitos de igualdade, de modo que a tensão entre tal abordagem e certas concepções de justiça distributiva é significativa.

¹⁷⁰⁸ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *op. cit.* p. 97: “Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas trata-se de completos enfeites retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetivação pressupõe uma alocação seletiva das receitas tributárias pode, no final das contas, ser protegido unilateralmente pelo judiciário à revelia das consequências orçamentárias pelas quais outros órgãos governamentais são os responsáveis em definitivo.” E, logo, adiante, “direitos são exigências relativas, não absolutas.”

consequencialismo – adotados, normalmente, em nome de uma afirmação retórica acerca da necessidade de um maior grau de realismo na teoria jurídica.¹⁷⁰⁹

Tal enfoque acaba por representar, portanto, o abandono de certa tradição filosófica ocidental influente sobre as concepções tradicionais acerca dos direitos – que considera que o homem tem dignidade e as demais coisas tem preço – para sustentar que sendo alocações de recursos inerentemente escassos, os direitos não são absolutos, mas relativos e até mesmo contingentes.¹⁷¹⁰

Em tal linha de pensamento, como toda alocação de recursos, o reconhecimento e a efetivação de direitos será limitada pela escassez e, portanto, sempre dependerá de uma escolha disjuntiva ou *trade off*, pois como visto, para que uma decisão alocativa seja tomada haverá uma renúncia a toda e qualquer aplicação alternativa daquele recurso – custo de oportunidade.¹⁷¹¹

O argumento da escassez, portanto, precariza a forma de conceber os direitos, colocando-os à livre disposição dos órgãos aos quais caiba tomar as decisões alocativas relativas aos recursos de uma coletividade. Mune tais órgãos de um poder quase discricionário de eleger alternativamente a alocação dos escassos recursos sociais, não raro em nome da eficiência econômica.

Outro desenvolvimento desta abordagem consiste em sustentar – aberta ou implicitamente – que o reconhecimento e a efetivação de direitos, mesmo fundamentais, ficam na dependência da realização de um cálculo de custo-benefício.¹⁷¹² Já se visitou raciocínio análogo a partir da obra de Posner.

¹⁷⁰⁹ Veja-se, exemplificativamente, Holmes e Sunstein: “Fortes constrangimentos orçamentários implicam que algumas sejam potenciais vítimas de abuso infantil venham a ser vítimas efetivas de abuso infantil, e o Estado pouco ou nada poderá fazer quanto a isso. Isso é deplorável, mas em um mundo imperfeito de recursos limitados, é também inevitável. Levar direitos a sério significa levar a escassez a sério.” HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *op. cit.* p. 94. Tradução livre do autor.

¹⁷¹⁰ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *id.* pp. 97-98.

¹⁷¹¹ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *id.* p. 98.

¹⁷¹² Como adverte Hans Küng, outra consequência de um totalitarismo dos valores de uma economia de mercado seria fazer com que “o *direito*, em vez de fundar-se na validade universal da dignidade humana e nos direitos e deveres humanos, seja ditado e manipulado em conformidade com certas ‘pressões’ econômicas e interesses de grupo.” KÜNG, H. *op. cit.* p. 287.

Uma visão economicista sustenta, grosso modo, que caso os benefícios excedam os custos os direitos devem ser reconhecidos – pois seu reconhecimento é eficiente; contrariamente não. Não por acaso os direitos de propriedade têm sido reputados exemplos de eficiência neste ponto de vista¹⁷¹³, ao passo que outros direitos, como o salário mínimo, exemplos de ineficiência econômica.¹⁷¹⁴

Nesse diapasão, em qualquer situação de possível contradição entre os direitos e a eficiência, aqueles deverão perecer em nome desta, pois sua manutenção ou efetivação induziria à ineficiência e a uma redução da riqueza ou utilidade social, conforme a variante esposada.

Desse modo, os direitos são instrumentalizados relativamente ao princípio supremo da eficiência econômica, sendo admitidos apenas se induzirem àquela e enquanto o fizerem, de acordo com as ponderações – não raro retóricas e sofisticadas – dos autores que se filiam à orientação centrada nos custos.¹⁷¹⁵

Há que se frisar entre as consequências da perspectiva economicista uma quebra extremamente significativa na forma de compreender tais direitos.

Como é sabido, os direitos do homem eram concebidos tradicionalmente – ainda que idealmente – como direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis e irrenunciáveis do ser humano.¹⁷¹⁶

Deve-se observar que ao passarem a ser concebidos e definidos como alocações seletivas de recursos, contingenciados como estão pelo princípio da escassez e subalternos relativamente à eficiência econômica, os direitos tornam-se o exato oposto: temporários, precários, alienáveis, prescritíveis, violáveis, renunciáveis. Subalternos em relação à racionalidade de custo-benefício e à maximização da riqueza ou da utilidade, conforme a variante econômica adotada.

¹⁷¹³ MACKAAY, E. *op. cit.*, capítulo 2, p. 13-18.

¹⁷¹⁴ MACKAAY, E. *id.*, introdução, p. 2.

¹⁷¹⁵ Cabendo à teoria, retoricamente, demonstrar que direitos de propriedade e a liberdade econômica sempre induzem à eficiência, e que direitos de igualdade e qualquer tipo de regulação da esfera econômica são causas de ineficiência, de modo geral.

¹⁷¹⁶ Entre outros, CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.* p. 377.

A tensão se dá, de uma maneira aguda, com os direitos fundamentais, eis que protegidos pela constitucionalização formal, e concebidos como um conjunto de prestações essenciais a uma vida humana livre e digna¹⁷¹⁷ e, devido à sua fundamentalidade inerente, seriam colocados fora da esfera de disponibilidade do legislador ordinário.¹⁷¹⁸

Uma vez adotada a definição econômica de direitos sustentada pela visão focada nos custos, a noção de indisponibilidade inerente ao constitucionalismo moderno e ao conceito de direitos fundamentais cede ante a escassez e ante a eficiência, tornando-os disponíveis, negociáveis, alienáveis, renunciáveis.

A definição econômica dos direitos como bens públicos (*public goods*) em sentido econômico também proporciona base para uma argumentação deletéria para os mesmos.¹⁷¹⁹

Essencialmente passa-se a sustentar, com base no problema do *free rider*, que o reconhecimento de direitos pelo Estado social “perdulário” promoveria incentivos para os indivíduos racionais-maximizadores desenvolverem um comportamento estratégico no sentido de se beneficiarem de tais bens sem contribuir para com seu custeio.

Assim, exemplificativamente, as prestações de assistência social aos desempregados deixam de ser concebidas como medidas de Justiça social e de segurança contra o desemprego e a privação de renda que o acompanha para serem consideradas como incentivos para que os indivíduos, concebidos como racionais, calculistas e maximizadores, deixem de trabalhar para viver às expensas da sociedade.

¹⁷¹⁷ BONAVIDES, P. *op. cit.* p. 360.

¹⁷¹⁸ ALEXY, R. *op. cit.* p. 446. Nas palavras do autor: “direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”

¹⁷¹⁹ Recordando-se que do ponto de vista econômico um bem público consiste naquele de cuja fruição não é possível excluir ninguém e que, portanto, pode originar problemas de *free rider*. NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 138. Como bens públicos sua oferta pelo mercado não seria adequada, e a atuação estatal seria necessária para promover sistemática e amplamente a cooperação social, evitando comportamentos estratégicos oportunistas.

A análise econômica dos direitos calcada nos custos introduz ainda a temática das denominadas escolhas trágicas, na linha dos estudos desenvolvidos, entre outros, por Philip Bobbitt e Guido Calabresi, na Universidade de Yale. Tal concepção parte da noção de que os direitos juridicamente reconhecidos ostentam custos de oportunidade, ou seja, que sua efetivação implica a renúncia a qualquer utilização alternativa dos recursos utilizados.¹⁷²⁰

Em face do princípio da escassez, os direitos vistos como alocações de recursos escassos são concebidos em concorrência entre si¹⁷²¹ e com outros fins que necessitem da alocação de recursos, pelo que se admite que por vezes far-se-á necessário eleger alguns para ser cumpridos em detrimento de outros.

Em resumo, caso se tome como plausível a hipótese de que os direitos da pessoa humana consistem um elemento integrante de uma concepção contemporânea bastante difundida de Justiça ou de Ética, necessariamente a visão dos direitos a partir de seus custos entra em rota de colisão para com a Justiça e para com a Ética.¹⁷²²

A hipótese sustentada possibilita a formulação de um juízo sobre os méritos morais da visão dos direitos centrada nos custos, evidenciando o afastamento de tal abordagem relativamente a uma concepção de Justiça calcada no reconhecimento de um núcleo mínimo de direitos insuscetível de relativização em nome da eficiência econômica.¹⁷²³

Mas esta não é a única visão possível dos direitos do homem ou dos direitos fundamentais a partir da Economia, sendo cabível explorar aqui a abordagem que se convencionará denominar como fundamentação pragmática dos Direitos e, ainda, uma última abordagem, aqui denominada perspectiva da Economia dos Direitos, com vistas a possibilitar uma visão mais abrangente da questão.

¹⁷²⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷²¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷²² Por tal razão Hans Küng observa que “os *‘imperativos da realidade’* não devem ser tomados como um dado quase-natural, mas devem ser questionados criticamente.” KÜNG, H. *op. cit.* p. 289.

¹⁷²³ Utilizando-se do jargão econômico em voga, visão que se traduziria no sentido de que o *trade off* entre eficiência e justiça, nesse caso, resolver-se-ia em favor da última.

4.2.2 Fundamentação pragmática dos Direitos

Paralelamente à perspectiva centrada nos custos dos direitos, que se acaba de examinar, existe a possibilidade de uma visão econômica alternativa sobre os direitos, que se poderia denominar de perspectiva da fundamentação pragmática dos direitos, denominada por alguns de perspectiva hobbesiana, diversa daquela calcada exclusivamente na abordagem eficientista.

Através de tal abordagem a própria Teoria da Escolha Racional, analisada nos Capítulos anteriores, com as premissas de maximização do autointeresse de um indivíduo calculista e egoísta revela-se apta a demonstrar – ao menos parcialmente – a necessidade de institutos como os direitos – inclusive os direitos sociais ou direitos de igualdade.

O presente item evidenciará a possibilidade de fundamentar uma visão em prol do reconhecimento e da efetivação de um mínimo de direitos mesmo sem recorrer a fundamentos altruístas e deontológicos. Trata-se da demonstração da possibilidade de uma teoria dos direitos pragmática no sentido de assentada sobre elementos da Teoria da Escolha racional e da maximização do autointeresse.

Daqui decorre a conclusão de que nem toda abordagem pragmática tem de ser necessariamente erosiva dos direitos como a perspectiva centrada nos custos, embora possa não ser a mais conveniente, como se evidenciará. Parece possível concluir também que nem toda fundamentação dos direitos precisa ser baseada no altruísmo e em deveres do tipo preconizado pela ética kantiana, embora isso tenha consequências relevantes.

É sabido que existe uma pulsão no ser humano no sentido de fazer o bem ao próximo, o que poderia ser denominado de motivação altruísta.¹⁷²⁴ Porém, como

¹⁷²⁴ Poder-se-ia distinguir duas vertentes de tal motivação, quais sejam, a do dever pelo dever – abordagem kantiana – e a da satisfação ou prazer obtido pela prática de atos altruístas. O conteúdo da motivação denominada aqui genericamente como altruísta – seja deontológico ou hedonista – é indiferente para nossos propósitos. O que interessa é distinguir a motivação altruísta *lato sensu* da motivação egoísta, assim entendida aquela fundada na maximização de algum benefício pessoal, ainda que indireto, do auxílio a outrem.

observam Napolitano e Abrescia, ao lado da motivação altruísta existe outra que poderia ser denominada de motivação assecurativa ou lógica assecurativa, na expressão daqueles autores.¹⁷²⁵

Trata-se de situações nas quais os indivíduos se considerariam vinculados por um contrato implícito de assistência recíproca em situações de necessidade, situação na qual mesmo um interesse unicamente egoísta proveria uma boa razão para a proteção mútua, especialmente entre indivíduos adversos ao risco.¹⁷²⁶

Ou seja, determinadas práticas, hábitos, costumes ou instituições que proporcionam auxílio gracioso a outrem em uma situação de necessidade não precisam necessariamente ser concebidas como inspiradas pelo altruísmo, seja em sua forma mais pura de cumprimento do dever pelo dever, seja em sua forma menos pura, em que o indivíduo que socorre outrem obtém satisfação da prática do ato.

Instituições de auxílio a pessoas em situação de necessidade as mais variadas podem ser compreendidas em um contexto de assecuração mútua e recíproca. É racional valorizar a prática de socorrer alguém em uma situação de emergência na medida em que, sendo o futuro incerto, futuramente pode o agente se beneficiar da mesma prática de auxílio mútu.¹⁷²⁷

Em alguns casos o benefício e a interdependência podem ser mais imediatos ainda, sendo bastante evidente que ao fim e ao cabo há interesse na prestação do auxílio não apenas por parte de quem o recebe, mas também por parte de quem o proporciona.

Pode-se ilustrar com um exemplo. É sabido que no mundo feudal era comum a existência de certos mecanismos de socorro prestados pelos senhores feudais em

¹⁷²⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 77: "(...) a motivação altruísta (...) pode conviver com uma mais estritamente egoística, que se inscreve em uma lógica mutuamente assecurativa."

¹⁷²⁶ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷²⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

favor dos servos em determinadas situações, como estiagem prolongada, colheitas fracas e situações análogas.¹⁷²⁸

Longe de uma inspiração mais nobre e puramente caritativa, existem evidências de que tal assistência senhorial encontrava sua razão de ser na manutenção da estrutura econômica feudal. Com efeito, o consumo do castelo dependia da produção dos servos através de instituições como a talha, a corveia ou a mão morta, o que fazia com que a assistência ocasionalmente prestada pelo senhor, longe de inspirar-se em altruísmo ou generosidade baseava-se no auto-interesse.¹⁷²⁹

O exemplo serve à ilustração de que em certas situações a existência de algumas instituições de auxílio em situações de necessidade ou emergência podem ser úteis não apenas a quem recebe o auxílio mas, igualmente, a quem concorre para com seu custeio.

Assim determinadas instituições, como alguns direitos sociais, poderiam ser compreendidas como inspiradas em uma racionalidade de custo-benefício direcionada ao autointeresse de um indivíduo racional, ao proporcionar determinados benefícios, como, e.g., a manutenção da criminalidade em níveis reduzidos.

Portanto, parece ser possível chegar a concepções pragmáticas dos direitos como a denominada redistribuição hobbesiana, atribuída a James Buchanan, cujo objetivo seria exclusivamente o de “evitar os danos que podem derivar do descontentamento social e da pobreza.”¹⁷³⁰ Segundo tal visão, os proprietários estariam dispostos a fornecer alguns bens essenciais com vistas a evitar alguns riscos para eles próprios.¹⁷³¹

¹⁷²⁸ CHARBONNIER, P. *La seigneurie comme forme de protection sociale*. In : GUESLIN, A.; GUILLAUME, P. **De la charité médiévale à la sécurité sociale** : Économie de la protection social du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Paris : Les Éditions Ouvrières, 1992, p. 73.

¹⁷²⁹ CHARBONNIER, P. *id.* pp. 73-74.

¹⁷³⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 78.

¹⁷³¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

Napolitano e Abrescia questionam porque não poderia ser o mercado, em lugar do Estado, a prover tais bens, dada tal racionalidade, sustentando que uma possível explicação seria a seguinte:

O fornecimento público, portanto, permite impor aos mais abastados o dever de subsidiar os menos favorecidos na aquisição da segurança por intermédio do Estado. Os mais abastados, por sua vez, poderiam encontrar um incentivo ao apoio de programas de sustento dos menos favorecidos porque, pelo menos em certo nível de decisão, também não são capazes de prever se um dia se encontrarão nas mesmas condições. Trata-se de uma incerteza de médio-longo prazo; isso explica porque tal tipo de acordo assecurativo e, mais em geral, os programas redistributivos, sejam normalmente previstos em nível constitucional.¹⁷³²

Assim, segundo Napolitano e Abrescia, pode ser plausível sustentar que agentes racionais poderiam concordar em definir direitos constitucionais que assegurem acesso, por exemplo, a serviços médicos elementares, educação e renda mínima.¹⁷³³

Observando não ser mero acaso que Constituições prevendo tais tipos de direitos sejam aprovadas frequentemente após guerras e revoluções, afirmam os autores a plausibilidade de que, em condições de autêntica solidariedade ou de efetiva incerteza, provisões constitucionais propiciem um programa redistributivo mínimo, capaz de colocar todos os cidadãos em situações potencialmente melhores e, portanto, capazes de atrair forte consenso.¹⁷³⁴

É bastante óbvio que este tipo de provisão constitucional pode gerar desincentivos quer sobre aqueles que contribuem para com seu custeio, quer sobre quem recebe os benefícios¹⁷³⁵ – problemas do tipo dilema do prisioneiro e *free rider*

¹⁷³² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷³³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Colocam os autores duas condições para tanto: “a) que a perda sofrida pela privação de um desses bens seja extremamente grave relativamente ao sacrifício exigido do restante da sociedade para fornecê-lo (por força da repartição do risco); b) que haja incerteza sobre a futura pertença às categorias de sujeitos destinados a fazer uso destes direitos.” *Ibid.*

¹⁷³⁴ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷³⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

seriam as possibilidades mais comuns. Portanto, evidentemente deveriam ser concebidos de forma a se reduzir ou corrigir tais problemas.

Outra explicação sobre a necessidade ou conveniência de tais serviços serem prestados pelo Estado pode ser encontrada no pensamento do sociólogo holandês Abram De Swaan.

A partir do problema da vadiagem e da criminalidade no final na Idade Média e no início da Modernidade, o autor holandês demonstra alguns aspectos interessantes de problemas relativos à exclusão social e ao estabelecimento de políticas de gestão da mesma. O autor situa seu pensamento em um contexto de autoridades locais buscando responder a um contexto de vadiagem, mendicância e criminalidade regional.¹⁷³⁶

Aplicando elementos da Teoria da Escolha Racional, De Swaan evidencia que as autoridades locais encontravam-se em uma situação em que precisavam responder ao problema da vadiagem, mendicância e criminalidade, mas desejavam fazê-lo mantendo os custos com assistência no nível mais reduzido possível.¹⁷³⁷

O autor analisa a situação das autoridades locais a partir do modelo do dilema do prisioneiro, demonstrando que uma situação pode ser favorável do ponto de vista de cada um dos jogadores ou agentes, mas que tal racionalidade não é autorreguladora em face do comportamento estratégico racional dos demais agentes.¹⁷³⁸

De Swaan supõe um conjunto de pequenas comunidades incapazes de, sozinhas, alterar o contexto geral relativo aos problemas mencionados. Reduzindo o modelo ou jogo a dois agentes – “nós” e “eles” –, por simplificação, ele analisa duas possibilidades de ação para cada agente: acolher ou excluir os indigentes.¹⁷³⁹

¹⁷³⁶ DE SWAAN, A. *op. cit.* p. 56 e ss.

¹⁷³⁷ DE SWAAN, A. *id.* p. 56.

¹⁷³⁸ DE SWAAN, A. *ibid.*

¹⁷³⁹ DE SWAAN, A. *id.* p. 57. O ator global “eles” representa os demais integrantes do referido conjunto de comunidades, como observa o autor. DE SWAAN, A. *ibid.*

Se o outro agente – que representa o conjunto das demais comunidades – “acolhe” os indigentes, o problema será solucionado. Partindo da premissa da incapacidade de um agente isolado alterar a situação – “nós” –, será possível para “nós” aproveitar-se da assistência dos demais e optar por “excluir” os indigentes, em lugar de prestar-lhes assistência.¹⁷⁴⁰ Trata-se da conduta estratégica oportunista típica do *free rider problem*.

Outro curso de ação possível seria também “acolher” os indigentes, por razões cristãs ou kantianas, observa o autor.¹⁷⁴¹ Note-se, no entanto, que se partirmos da racionalidade de custo-benefício da Teoria da Escolha Racional a opção dominante será excluir.

Outra possibilidade de interação entre uma autoridade local e as demais consiste em estas últimas excluírem os indigentes, segundo De Swaan. Neste caso, os custos relativos à mendicância, à vadiagem e à criminalidade aumentariam e o agente individual não seria capaz de resolver a situação regional sozinho, arcando todos com os custos decorrentes da situação.¹⁷⁴²

Como ocorre em situações de dilema do prisioneiro, a possibilidade de trapaça por alguns induzirá os demais pelo mesmo caminho¹⁷⁴³, pelos postulados da Teoria da Escolha Racional e pelas características do referido modelo.

Como evidencia a aplicação que De Swaan faz do modelo do dilema do prisioneiro, fica evidenciado que a solução dos problemas relacionados com a exclusão deixados para a livre ação de agentes racionais individuais pode levar a resultados globalmente ineficientes e insatisfatórios, indicando a necessidade de

¹⁷⁴⁰ DE SWAAN, A. *ibid.* Aqui já se evidencia o *free rider problem* na ausência de mecanismos de indução à cooperação e de prevenção do comportamento estratégico oportunista.

¹⁷⁴¹ DE SWAAN, A. *ibid.*

¹⁷⁴² DE SWAAN, A. *ibid.*: “Se ‘nós’ abrimos a cidade às hordas, o efeito sobre a situação regional será quase nulo, mas nosso sistema caritativo provavelmente entrará em colapso.”

¹⁷⁴³ DE SWAAN, A. *ibid.*

elementos que induzam à cooperação na ação coletiva, ainda que coercitivamente, o que normalmente é feito pelo Estado.¹⁷⁴⁴

O modelo evidencia, ainda, que devido aos custos engendrados pelos efeitos da exclusão, pode ser racional encetar uma ação coletiva coordenada em sua gestão, e que faz sentido falar-se em uma possível fundamentação pragmática de um sistema mínimo de direitos.

Ainda na perspectiva de uma possível fundamentação pragmática, resta fazer menção a alguns novos elementos teóricos que poderiam fundamentá-la, notadamente o que se tem denominado individualismo solidário e egoísmo racional.

Segundo o sociólogo sueco Göran Thernborn novas formas de concepção social como essas teriam, ao mesmo tempo, potencial progressista e capacidade de atrair estratos da classe média e da burguesia.¹⁷⁴⁵

A solidariedade individualista consistiria em um compromisso solidário sem uma inserção coletivista, em um ambiente social de longo prazo, segundo Thernborn.¹⁷⁴⁶ Para o sueco, novas combinações entre individualismo e solidariedade emergem das novas estruturas sociais e das novas culturas emergentes.¹⁷⁴⁷

Já o egoísmo racional¹⁷⁴⁸ referido por Göran Thernborn consistiria em “um egoísmo que reconhece a irracionalidade dos custos sociais e os efeitos negativos

¹⁷⁴⁴ A estatalidade, com sua capacidade legislativa e coercitiva, encontra-se em condições de induzir à cooperação, estabelecendo e fazendo cumprir normas que evitem o comportamento oportunista.

¹⁷⁴⁵ THERNBORN, G. La historia no terminó. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.) **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social**. 2 ed. Buenos Aires: Libronauta Argentina, 2003, p. 137.

¹⁷⁴⁶ Nas palavras do autor: “Esta solidariedade individualista talvez tenha se expressado de forma mais clara e importante na defesa dos direitos humanos. Dedicção que, em muitos casos, é e tem sido individual, mas ao mesmo tempo tem suposto um tipo de individualismo que reflete certo grau de solidariedade, um individualismo solidário.” THERNBORN, G. *id.* p. 137.

¹⁷⁴⁷ THERNBORN, G. *id.* p. 137.

¹⁷⁴⁸ O egoísmo racional a que se refere Thernborn não se confunde com o que se tem denominado egoísmo ético, consistente em uma concepção defendida por alguns em assumir a responsabilidade sobre si mesmo e sobre suas coisas e que, de acordo com este ponto de vista, não se confundiria com o egoísmo moralmente reprovável. O egoísmo racional e o egoísmo ético constituem conceitos diversos. SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 31.

da miséria, a falta de esperança, a violência, a criminalidade e o medo, não apenas para os pobres, mas também para os próprios ricos.”¹⁷⁴⁹

Ou seja, parte de um reconhecimento dos custos mais amplos da exclusão social em função dos efeitos de interdependência existentes na sociedade.

Concepções como as referidas poderiam constituir elementos teóricos de apoio para concepções que aqui denominamos de fundamentação pragmática dos direitos. Algumas palavras conclusivas merecem ser ditas sobre esta possível abordagem.

Primeiramente, parece ser possível sustentar que a referida perspectiva parece mais apta a explicar políticas públicas, pelo fato de seus efeitos benéficos potencialmente extrapolarem o universo dos diretamente assistidos pelas mesmas, do que verdadeiros direitos, no sentido comumente empregado para a expressão.

A ênfase recai, pois, nos efeitos indiretos de proporcionar o acesso a certos bens elementares, mais do que propriamente no reconhecimento de um direito subjetivo de seus titulares àquela prestação.

Parece digno de nota, ainda, o fato de que a referida abordagem possui limites intransponíveis na medida em que condicionaria o reconhecimento e a efetivação de direitos à demonstração de um plausível benefício para aqueles que concorreriam com seu custeio. Seus limites práticos e éticos, portanto, parecem evidentes.

A distribuição hobbesiana instrumentaliza os direitos do homem, fazendo-os dependerem de um cálculo de custo-benefício e de uma racionalidade estratégica de quem custeia certos serviços de caráter social exclusivamente com vistas a seu benefício próprio, em última análise, revelando-se incompatível com princípios fortemente deontológicos como a dignidade da pessoa humana.

Convém, portanto, examinar os méritos de uma terceira possível abordagem dos direitos a partir da Economia, que aqui se convencionará por denominar de perspectiva da Economia dos Direitos.

¹⁷⁴⁹ THERNBORN, G. *op. cit.* p. 138.

4.2.3 Perspectiva da Economia dos Direitos

Como visto a concepção dos direitos centrada em seus custos revela-se de difícil conciliação com a concepção de direitos mais difundida desde o início da Modernidade, revelando-se dificilmente compatível, ainda, com algumas das principais concepções de Justiça e de Ética contemporâneas.

A perspectiva da fundamentação pragmática dos Direitos pode ostentar certo potencial no sentido de atrair apoio racional e autointeressado para os direitos, mas possui limitações inerentes ao ponto de vista que adota, instrumentalizando os direitos.

No entanto, convém observar que estas não são as únicas percepções possíveis dos direitos a partir da Economia, de modo que pelo menos uma abordagem alternativa pode ser apontada.

Parece possível, com efeito, falar-se de uma abordagem alternativa que se poderia convencionar chamar de *perspectiva da Economia dos Direitos*.¹⁷⁵⁰

Tal abordagem, em lugar de partir da premissa da escassez dos recursos e da primazia da eficiência sobre todas as coisas, ou do autointeresse egoísta como fundamento racional para o estabelecimento de direitos, caracteriza-se pela utilização dos conceitos econômicos no sentido de buscar promover o reconhecimento e a efetivação dos direitos da pessoa humana.

A abordagem evidencia que direitos podem não apenas ser geradores de custos, mas também podem ser redutores de custos; evidencia, ainda, que constituem promotores de efeitos sociais e econômicos positivos. Nesse sentido, ensina David Kolacinski que

As abordagens econômicas padrão, na medida em que justificam a intervenção do Estado e, para usar uma expressão genérica, uma vez que

¹⁷⁵⁰ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 106.

aproveem o Estado Providência, o 'Welfare State', o fazem apontando inicialmente as falhas de mercado (concorrência imperfeita, externalidades, má compreensão das economias em escala e das especificidades dos bens públicos, problemas relacionados à falta de informação, etc.), indicando em seguida os efeitos positivos de algumas obras coletivas (a educação e a assistência em particular) sobre o crescimento, a qualidade do trabalho e do ambiente econômico, etc. Tal abordagem pode levar a sustentar os direitos como corretores das imperfeições do mercado e como produtores de externalidades positivas.¹⁷⁵¹

Como demonstrado acima, com base em Calsamiglia, nem sempre a racionalidade tal como concebida pela Teoria da Escolha Racional conduz a resultados eficientes, sendo a demonstração mais recorrente deste fato o modelo ou jogo intitulado "dilema do prisioneiro", como na aplicação de Abram De Swaan.

Portanto, pode-se afirmar com plausibilidade que a indução de indivíduos egoístas e racionais à cooperação por normas ou pelo estabelecimento de direitos pode gerar eficiência, entre outros resultados socialmente desejáveis. Nesse sentido, Calsamiglia observa, comentando o dilema:

O indivíduo racional e egoísta – que busca seus próprios interesses – consegue resultados piores do que se buscasse os interesses coletivos. O dilema do prisioneiro colocou em questão a relação entre egoísmo, racionalidade, eficiência e justiça social. Do ponto de vista da eficiência, a imposição de algumas leis que, a partir de fora, obrigassem à cooperação, aumentaria o bem-estar social. Essa quebra supõe a inaplicabilidade da teoria econômica dos mercados competitivos a importantes setores das relações sociais. A eficiência exige a cooperação e a intervenção estatal porque o egoísmo e o individualismo levam a resultados inferiores. Parece-me que o dilema do prisioneiro constitui um importante contraexemplo das teses da racionalidade das *doutrinas* do livre mercado. Contraexemplo especialmente valioso porque não põe em questão as premissas fundamentais. Não parte do pressuposto de que o homem é irracional, mas do pressuposto da racionalidade e do egoísmo e chega a conclusões – através de procedimentos aceitos pela Economia do livre mercado – inaceitáveis ou contraditórios com a tese fundamental.¹⁷⁵²

Os direitos, como concebidos pela teoria jurídica, podem ser compreendidos como faculdades, prerrogativas ou imunidades conferidas pelo ordenamento jurídico,

¹⁷⁵¹ KOLACINSKI, D. *ibid.*

¹⁷⁵² CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 321.

através de suas normas, em favor de um titular, e reforçados, portanto, pelo poder coercitivo do Estado.

Dada sua necessária base normativa, é simples conceber os direitos, de um ponto de vista diverso do titular do direito subjetivo, como uma norma indutora de cooperação social e, potencialmente, como uma norma redutora de custos de variada natureza.¹⁷⁵³

Sob tal enfoque, deve-se observar que o discurso da abordagem centrada ao redor dos custos dos direitos deve ser melhor analisado à luz de informações adicionais que podem embasar uma visão alternativa como a proporcionada pela Economia dos Direitos.

Com efeito, descritivamente é bastante plausível afirmar que o reconhecimento de direitos e sua efetivação consomem recursos, o que é inegável.

No entanto, há que se investigar os efeitos de tal reconhecimento e efetivação para que se possa fazer, efetivamente, um juízo de custo-benefício minimamente acurado acerca dos direitos. Há que se buscar, também, os efeitos da ausência de direitos, para que seja possível a formulação de um juízo econômico mais fidedigno a seu respeito.¹⁷⁵⁴

De se recordar que uma das principais concepções contemporâneas da *mainstream Economics* e da Escola de Chicago considera os direitos como redutores de custos – e não como geradores de custo. Pois é exatamente o que se encontra presente no teorema principal da Análise Econômica do Direito – o Teorema de Coase, como visto.

A partir da categoria dos custos de transação, Coase sustenta seu teorema segundo o qual na ausência de tais custos a solução eficiente seria encontrada

¹⁷⁵³ A concepção de Coase evidencia claramente esta visão, pois em suas famosas teorizações, os direitos de propriedade operam como redutores dos custos de transação, como é amplamente conhecido.

¹⁷⁵⁴ Pois se a efetivação de direitos consome recursos, sua ausência ou inefetividade certamente ostenta seus próprios custos.

independentemente da atribuição dos direitos, o que não ocorreria necessariamente na presença de custos de transação positivos.¹⁷⁵⁵

Diante de custos de transação positivos, a alocação dos direitos entre as partes envolvidas em uma situação de alocação de recursos revela-se decisiva para a promoção da eficiência, pois os direitos podem operar como redutores de custos.

São exatamente os elevados custos de transação que indicam a necessidade e a conveniência, a partir deste ponto de vista, da atribuição de direitos, com vistas à redução daqueles.

Ou seja, a abordagem centrada nos custos dos direitos, anteriormente analisada, evidencia apenas uma face das conclusões da análise econômica dos direitos: a de que estes consomem recursos e podem representar custos. Ela padece de uma séria parcialidade que compromete irremediavelmente sua credibilidade científica.

A abordagem centrada nos custos oculta a outra face dos direitos, omitindo o fato de que podem operar – e realmente operam frequentemente – como redutores de custos e, conseqüentemente, como promotores de eficiência econômica.¹⁷⁵⁶

Alguns expoentes da *Public Choice Theory* e da Escola da Virgínia – James Buchanan e Gordon Tullock – já o evidenciaram, igualmente, em nível constitucional, ou seja, em termos de normas e institutos constitucionais, especialmente direitos fundamentais.¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵⁵ Por todos, POLINSKY, A. M. *op. cit.* pp. 23 e ss.

¹⁷⁵⁶ Como evidenciam Napolitano e Abrescia, “nas teorias jurídico-econômicas a agregação das preferências não é influenciada, como já visto, apenas pelos aspectos formais referentes ao procedimento de tempos em tempos adotado. Em determinados casos, em realidade, o conteúdo das decisões e as próprias modalidades de escolha são consequência ou do *status* constitucional das normas que se pretende adotar ou da natureza peculiar do bem protegido pelas referidas normas. É este último caso o das normas colocadas em proteção aos direitos fundamentais, contidas historicamente nas declarações de direitos. Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos fundamentais constitui, ao mesmo tempo, o êxito de escolhas coletivas constituintes e um vínculo posterior sobre decisões que traduzem-se em atividade normativa de nível primário e secundário.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 133.

¹⁷⁵⁷ Vejam-se especialmente os capítulos 6, 7 e 8 da segunda parte da obra *The Calculus of Consent*.

Ao realizar seus estudos de Economia Política Constitucional, tais autores evidenciaram que a ação coletiva pode engendrar pelo menos dois tipos de custos relevantes para a análise: os custos externos (*external costs*) e os custos de tomada de decisão (*decision making costs*).¹⁷⁵⁸

Os primeiros consistiriam nos riscos de um indivíduo ser afetado negativamente pelos efeitos de uma decisão coletiva; os últimos, nos custos engendrados pelo próprio processo de tomada de tal decisão.¹⁷⁵⁹

Buchanan e Tullock evidenciam que a melhor proteção contra os *external costs* seria a adoção da regra da unanimidade como regra de tomada de decisão para o grupo, por ser a única capaz de munir cada um dos membros do grupo de poder de veto sobre as decisões coletivas.¹⁷⁶⁰ No entanto, do ponto de vista dos *decision making costs*, sua operação seria impraticável, por engendrar custos de transação impeditivos.¹⁷⁶¹

Entre os custos de tomada de decisão, elevados exponencialmente pela adoção da regra da unanimidade, inserem-se desde o tempo consumido para a tomada da decisão que norteará a ação coletiva até os custos impostos por comportamentos estratégicos oportunistas de indivíduos que, cientes da necessidade de seu assentimento para a tomada de uma decisão importante para o grupo, poderiam extorqui-lo, obtendo benefícios sem causa e extremamente onerosos em troca de seu assentimento (problema do *hold out*).¹⁷⁶²

Observam Buchanan e Tullock que são os *decision making costs* extremamente elevados da regra da unanimidade que fazem com que haja seu

¹⁷⁵⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 114; CALIENDO, P. *op. cit.* p. 24.

¹⁷⁵⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 114.

¹⁷⁶⁰ Veja-se NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* pp. 110 e ss.

¹⁷⁶¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 112.

¹⁷⁶² O problema conhecido na análise econômica como *hold out* radica nos elevados custos de barganha com um agente que atua de maneira oportunista por saber da necessidade de seu assentimento para a tomada de uma decisão, fazendo exigências onerosas para os demais para anuir com a decisão. MACKAAY, E. *op. cit.* capítulo I, p.36.

abandono em favor da regra da maioria, solução mais eficiente desse ponto de vista.¹⁷⁶³

Tal regra revelar-se-ia apta a promover uma solução melhor em termos de custos e benefícios, na medida em que afastaria os elevados custos de tomada de decisão da regra da unanimidade.

No entanto, demonstram ainda os autores que qualquer afastamento da regra da unanimidade – e do poder de veto conferido aos membros do grupo, que a acompanha – aumenta os custos externos, e que quanto maior é o afastamento, mais elevados são estes.¹⁷⁶⁴

Desse modo, a solução eficiente passa a ser a adoção de diferentes regras da maioria, variando em função da importância relativa da matéria, indo desde a maioria relativa ou simples até maiorias qualificadas.¹⁷⁶⁵

O processo assim descrito traz uma compreensão sobre o fenómeno da constitucionalização e da racionalidade que lhe é inerente, ao estabelecerem-se quóruns elevados para a alteração da Constituição e constitucionalizando normas e instituições, aumentando-se custos de transação quanto à tomada de certas decisões e, ao mesmo tempo, reduzindo custos externos relevantes.

¹⁷⁶³ CALIENDO, P. *op. cit.* p. 25-26.

¹⁷⁶⁴ A relação entre os dois grupos de custos é inversa, como demonstram os gráficos e funções que ilustram a obra de Buchanan e de Tullock. BUCHANAN, J.; TULLOCK, G. BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999, Capítulo 6. Disponível em: (<<http://econlib.org/library/Buchanan/buchCv3.html>>). Acesso em: 02 mai 2013.

¹⁷⁶⁵ Como ensinam Napolitano e Abrescia ao tratar da justificação económica dos direitos como limites às decisões coletivas: “Em uma ordem democrática, introduzir uma proteção constitucional específica de determinados direitos assume um significado particular. Ela apresenta, em realidade, um carácter antidemocrático porque orienta, condiciona e limita o âmbito das escolhas coletivas por parte daqueles que na vida pós-constitucional disporão da agenda político-normativa com base em um consenso eleitoral. Como se disse, em princípio, a democracia constitui um mecanismo de satisfação das preferências por intermédio da ação coletiva. A correta distribuição dos poderes constitucionais visa criar os incentivos adequados para que os seus titulares proporcionem aos cidadãos os bens públicos desejados por eles, incrementando assim o bem-estar e, se se preferir, a felicidade de uma comunidade. Por vezes, todavia, alguns indivíduos preferirão restringir a liberdade dos demais. Em tais circunstâncias os indivíduos mais vulneráveis necessitarão de proteção em face do poder político. A previsão constitucional de determinados direitos serve, portanto, para remover determinadas questões do âmbito das escolhas da política ordinária, desincentivando assim a propensão natural de todo grupo dominante em utilizar o próprio poder com vistas a submeter os outros. NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 134.

O estabelecimento de direitos em nível constitucional opera no mesmo sentido. Tais procedimentos concorrem para que os custos externos, elevados pela adoção da regra da maioria, sejam mantidos sob controle, em níveis considerados aceitáveis pelo indivíduo racional.¹⁷⁶⁶ Como observam Napolitano e Abrescia,

se determinados direitos não fossem previamente garantidos em nível constitucional, os participantes do pacto constitucional seriam obrigados a proteger-se pela introdução da regra decisória da unanimidade. Somente dessa forma ser-lhes-ia possível proteger a própria esfera individual da eventual tentativa de abuso da maioria. A regra da unanimidade, todavia, traduzindo-se no reconhecimento de um direito de veto para cada cidadão acarretaria um enorme aumento dos custos de tomada de decisão pela comunidade. A garantia constitucional de determinados direitos serve, portanto, para facilitar a subscrição do pacto constitucional e para simplificar o processo decisório da vida pós-constitucional, porque, garantindo aos cidadãos que determinados âmbitos da própria esfera individual não serão ameaçados, permite-lhes renunciar ao direito de veto e aceitar, assim, que a adoção das escolhas coletivas ocorra futuramente com base no princípio da maioria.¹⁷⁶⁷

Como ensinam Napolitano e Abrescia, a previsão de direitos na Constituição pode ser considerada um instrumento fundamental para o pacto constitucional e para o funcionamento futuro das instituições. Observam os autores que nessa perspectiva “os direitos constitucionais não são fins em si mesmos, mas constituem simplesmente um meio para reduzir os custos decisórios de uma comunidade em busca do atendimento dos interesses coletivos.”¹⁷⁶⁸

Os direitos fundamentais, portanto, em tal ótica, operam como redutores de custos engendrados pela ação coletiva, e não apenas como elementos geradores de custos, como quer fazer crer a abordagem dos direitos centrada nos custos.

Estabelecidas razões econômicas para a constitucionalização e para o reconhecimento em nível constitucional de determinados direitos, resta em aberto a

¹⁷⁶⁶ Nesse sentido, pode-se considerar que “um direito constitucional de desempenhar determinada atividade confere a mesma proteção, com menores custos decisórios, que aquela assegurada pelo direito de veto do cidadão em um sistema regido pela regra da unanimidade.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 135.

¹⁷⁶⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 134.

¹⁷⁶⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

questão acerca de quais direitos seriam constitucionalizados – ou qual o critério pelo qual alguns direitos o seriam, e outros não.¹⁷⁶⁹ Novamente, em uma ótica econômica, a constitucionalização de um direito decorrerá de uma análise de custo-benefício:

Os cidadãos protegerão na Constituição alguns direitos individuais quando o custo de sua violação a alguém for muito elevado em relação ao ganho que dele decorre para os demais e quando existe incerteza entre os constituintes sobre a possibilidade de encontrar-se no futuro (eles ou os seus descendentes) na situação protegida ou ameaçada relativa aquele direito. A escolha dos direitos constitucionais resolve-se, portanto, em uma avaliação de custo-benefício em presença da incerteza.¹⁷⁷⁰

Observe-se que a incerteza desempenha um papel importante, não apenas em definir se quais direitos serão reconhecidos em favor de quais grupos, mas também na emergência de outros tipos de direitos fundamentais, como os direitos sociais ou direitos de igualdade.¹⁷⁷¹

Como evidenciam os autores italianos, a incerteza sobre a condição futura pode ser um elemento determinante na constitucionalização de direito à assistência à saúde, à educação ou à assistência social, sendo plausível conceber quanto a tal aspecto a Constituição como um contrato de seguro em tais casos.¹⁷⁷²

¹⁷⁶⁹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 135.

¹⁷⁷⁰ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Exemplificam os autores: “A ponderação entre custos e benefícios em uma situação de incerteza explica, por exemplo, as razões econômicas do reconhecimento da liberdade pessoal. Sua proteção constitucional, atribuída aos órgãos jurisdicionais, depende do fato de que o custo individual de uma prolongada detenção por força de uma decisão policial, sem direito de defesa, mesmo por uma simples suspeita, é reputada em grande medida superior ao custo coletivo da circulação em liberdade daquele que tenha cometido um crime. Este sopesamento conclui-se em favor da garantia constitucional da liberdade quanto maior for a incerteza sobre a condição futura de ser suspeito e quanto menor for o alarme social suscitado por certos crimes.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

¹⁷⁷¹ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 136. Os autores evidenciam que os constituintes norteamericanos, por exemplo, sabiam que eram brancos e para eles fora fácil, portanto, não reconhecer direitos aos escravos.

¹⁷⁷² NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.* Aduzem os autores: “naturalmente o acordo unânime sobre questões distributivas é possível apenas quando os participantes estão realmente incertos sobre suas posições futuras.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *ibid.*

No entanto tal concepção redundaria na abordagem pragmática de direitos, já examinada, sendo que o relevante das teorizações ora expostas, neste ponto, consiste na ambivalência dos direitos quanto aos custos.

O que se acaba de expor é importante por demonstrar que, se de um lado é plausível a concepção segundo a qual direitos exigem recursos para sua efetivação e ostentam custos, como fazem Sunstein e Holmes, de outro é igualmente plausível a concepção segundo a qual podem operar como redutores de custos, como fazem o próprio Coase, Buchanan e Tullock, entre outros.

É possível aduzir, ainda, que o não reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, ao menos, produz efeitos sociais deletérios, de modo que a análise centrada nos custos incorre ainda no equívoco de ocultar esta outra faceta do problema, evidenciada por De Swaan e outros. Tais limitações e inclinações parecem razão suficiente para rechaçar a perspectiva focada exclusivamente nos custos.

Observe-se ainda que além de os direitos poderem ser plausivelmente considerados como redutores de custos, revela-se plausível ainda uma visão segundo a qual os direitos podem ser considerados como investimentos que geram resultados positivos para a sociedade e para a própria economia.¹⁷⁷³

Observa David Kolacinski que vários direitos ostentam benefícios que superam amplamente seus custos, pelo que os direitos poderiam ser considerados, ainda, como promotores de efeitos sociais e econômicos desejáveis – vide educação e saúde.¹⁷⁷⁴

Observe-se que mesmo de um ponto de vista tradicional na Análise Econômica do Direito, o direito de propriedade tem sido assim concebido, considerando um amplo rol de autores que o mesmo favoreceria o crescimento econômico, ampliaria o horizonte temporal, aumentaria a sensação de segurança¹⁷⁷⁵, resolveria problemas relativos à ação coletiva e ao comportamento

¹⁷⁷³ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *id.* p. 138.

¹⁷⁷⁴ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 111.

¹⁷⁷⁵ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 138.

estratégico oportunista – como o *free rider* e o *hold out*, que aumentam os custos sociais e reduzem a eficiência.¹⁷⁷⁶

Por outro lado, deve-se observar que não apenas os clássicos direitos de liberdade podem assim ser concebidos, mas vários outros direitos que operam como promotores de resultados econômicos positivos a curto, médio ou a longo prazos.

Como ensinam Napolitano e Abrescia, o direito à educação, por exemplo, “é condição indispensável para obter outros bens e tem valor intrínseco assim como valor instrumental”, bem como “o direito a um nível mínimo de subsistência constitui um incentivo à autodisciplina e à colaboração, dando vida a formas estáveis de coexistência social.”¹⁷⁷⁷

Ou seja, na abordagem aqui denominada *Economia dos direitos*, estes passam a ser considerados não apenas como custos indutores de ineficiência, mas potencialmente como redutores de custo e indutores de eficiência.

O aporte da Economia, no particular, pode ser importantíssimo e muito discrepante do desserviço prestado pela perspectiva dominante para uma cultura de direitos.¹⁷⁷⁸

Observe-se, por fim, que a natureza ambivalente dos direitos do homem ou direitos fundamentais, no particular – geradores de custos e redutores de custo, ao mesmo tempo – não é exclusiva dessas instituições, pois a operação de qualquer norma e de qualquer instituição jurídica originará seus próprios custos e seus próprios benefícios.

Caso os custos superem os benefícios, pode se tratar de uma decisão política em favor de outros bens considerados prioritários mesmo em face da eficiência – como a justiça ou a equidade, por exemplo. Reputa-se aqui que isso, por si só, não torna a decisão instituidora do direito ilegítima, apenas reclama justificação.

¹⁷⁷⁶ MACKAAY, E. *op. cit.* capítulo 2, p. 13.

¹⁷⁷⁷ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 138. Tal visão não é a única, pois muitos autores posicionam-se contrários aos direitos sociais sob a argumentação da irresponsabilidade social e de comportamentos oportunistas ao estilo do *free rider*, entre outros.

¹⁷⁷⁸ Pois o conceito de Perroux de “custos do homem” refere-se aos aspectos mais elementares da vida em sociedade, como o direito ao trabalho, aos meios de vida física e psicologicamente saudável, e ao pleno desenvolvimento da vida humana pela educação e pelo lazer. KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 95.

Apesar de interessante e menos imparcial do que a perspectiva centrada em torno dos direitos, a perspectiva da Economia dos Direitos que se acaba de expor corre o risco de instrumentalizar os direitos, assemelhando-se à perspectiva da distribuição hobbesiana de Buchanan, fazendo-os depender de um cálculo de custo benefício que pode ser difícil de compatibilizar com uma visão ética e centrada na justiça, pelo que convém buscar explorar possíveis desenvolvimentos que vão além das perspectivas centrada nos custos, da perspectiva da fundamentação pragmática e mesmo da perspectiva da Economia dos Direitos.

4.2.4 Além das perspectivas atuais.

Diante dos resultados da exploração das possíveis abordagens do Direito a partir da Economia parece ser possível sustentar que todas as perspectivas econômicas abordadas, seja a centrada nos custos, seja a da fundamentação pragmática ou ainda a da Economia dos Direitos, parecem gravemente limitadas.

Note-se que o defeito primordial da análise econômica dos direitos, já apontada, parece consistir em sua unidimensionalidade, ao encontrar-se inteiramente focada na eficiência, seja como maximização da riqueza, seja como aumento da utilidade.

Como evidencia Amartya Sen, perspectivas como a utilitarista – que evidentemente influenciam fortemente muitas concepções econômicas – além de insensíveis ao problema da distribuição das utilidades, caracterizam-se por uma indiferença às liberdades substantivas, direitos e liberdades formais.¹⁷⁷⁹

¹⁷⁷⁹ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 75. Embora, como ensina o autor, “a inadequação do comportamento autointeressado também pode ser grave em abordagens éticas que dão ênfase a direitos e liberdades”. SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* pp. 71-72.

Tal problema parece assolar a análise econômica dos direitos de forma muito evidente, a partir dos resultados vistos que, de um modo ou de outro, relativiza ou instrumentaliza tais institutos jurídicos.

A perspectiva econômica parte essencialmente da categoria da eficiência. Desse modo, qualquer que seja a visão dos direitos – negativa, simplesmente pragmática ou positiva –, sempre se seguirá uma instrumentalização dos direitos dificilmente conciliável com qualquer noção intrínseca de justiça ou de Ética subjacente aos mesmos.¹⁷⁸⁰

Ensina Kolaciski que “é necessário, então, redefinir a proposta, não a partir da eficiência econômica, mas a partir do homem.” Segundo a reflexão do autor, “os direitos do homem dizem respeito ao ser humano em sua multidimensionalidade, corpo e consciência, e são fundados no reconhecimento de sua dignidade intrínseca.”¹⁷⁸¹

É desse reconhecimento dos direitos como valores éticos que decorrem as dificuldades e embaraços que acometem as visões econômicas dos direitos, pois a Economia como concebida contemporaneamente não possui elementos que deem vazão àquele reconhecimento.

Apenas buscando uma forma de reconectar Economia e Ética, a partir do reconhecimento do homem como intrinsecamente valioso, parece ser possível superar as dificuldades que inexoravelmente assolam as visões econômicas do Direito e dos direitos. Tal proposta é complexa e passaria necessariamente por uma revisão ampla do objeto, de certos conceitos e métodos empregados na análise econômica. Como pondera Calsamiglia

(...) o direito não apenas deve atingir seus objetivos com um custo mínimo, mas que, além disso, tais objetivos devem ser justificáveis. O valor eficiência é importante, mas há outros mais importantes ainda. A legalidade,

¹⁷⁸⁰ Como recordam Napolitano e Abrescia, a adoção da visão do Estado como maximizador da riqueza “implica uma análise de custo-benefício dos direitos constitucionais, a qual acaba por atribuir às diversas liberdades o valores correspondente ao preço que os cidadãos estão dispostos a pagar por cada uma delas.” NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 79.

¹⁷⁸¹ KOLACINSKI, D. *op. cit.* pp. 106-107.

a previsibilidade, a segurança jurídica, a irretroatividade das leis e tantos outros princípios jurídicos também são importantes.¹⁷⁸²

Embora não haja um prognóstico razoável de uma mudança radical das concepções integrantes do saber econômico contemporâneo, deve-se reconhecer que existem estudos alternativos que visam temas correlatos à conexão da Economia com a Justiça e com a Ética. Tais estudos podem auxiliar no que diz respeito a possibilidades alternativas de análise do Direito a partir da Economia.

Nesse sentido, parece valioso buscar resgatar no pensamento do economista francês François Perroux sua crítica à Economia *standard* e sua proposta de uma reaproximação entre Economia e Ética a partir dos direitos dos homens, abordagem esta que parece ser capaz de superar os riscos da instrumentalização e as limitações aqui evidenciados.¹⁷⁸³

Perroux desenvolve uma teoria dos “custos do homem” que, diferentemente da teoria dos custos dos direitos explorada anteriormente, promove os referidos direitos em lugar de vilipendia-los. Aproxima-se, nesse sentido, ao que denominamos Economia dos Direitos, mas vai além ao buscar restabelecer a conexão entre Economia e Ética.

Embora a expressão possa ser enganosa em princípio, o conceito de “custos do homem” deixa claro sua distinção com relação àquela perspectiva. Na ótica de Perroux, tal conceito constituiria o fundamento de organização de uma economia na qual a produção seria orientada para a satisfação das necessidades de cada grupo social, de acordo com uma hierarquização de necessidades.¹⁷⁸⁴

¹⁷⁸² CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 334.

¹⁷⁸³ Posteriormente, ao se investigar as relações entre eficiência e Justiça, analisar-se-ão as significativas contribuições feitas por Amartya Sen ao debate.

¹⁷⁸⁴ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 95.

Propõe-se deste modo uma teoria e uma prática econômicas alternativas à ortodoxia no pensamento e nas políticas econômicas, como ensina David Kolacinski.¹⁷⁸⁵

Segundo a teoria de Perroux, seriam três os grupos de custos do homem, a saber, os custos necessários para impedir a morte, custos relativos à manutenção de uma vida física e mental mínima, e, por fim, custos relativos ao acesso a um mínimo de conhecimento e lazer.¹⁷⁸⁶

A categoria dos custos do homem visa possibilitar, nas teorizações de François Perroux, “uma defesa e uma justificação dos direitos do homem”, como observa Kolacinski, consistindo na expressão econômica dos direitos do homem.¹⁷⁸⁷

Tais compreensões, diversamente daquelas sustentadas pela abordagem centrada nos custos dos direitos, não partem da ideia de que o custo econômico dos direitos e o princípio da escassez os relativizam. Contrariamente, partem da ideia de que os custos para a existência humana reclamam satisfação urgente, através de direitos com a consequente alocação dos recursos necessários.

Compreendendo como custos do homem as despesas fundamentais do estatuto humano de vida para cada membro de determinado grupo, considera a teoria do economista francês que em virtude da impossibilidade de todo ser humano cobrir tais despesas com recursos próprios, elas assumem o sentido de custos prioritários que devem, se necessário, ser assumidos pelo poder público em favor de todos os seres humanos.¹⁷⁸⁸ Como explica Kolacinski

¹⁷⁸⁵ KOLACINSKI, D. *ibid.* Como adverte este autor, “não se deve confundir a teoria dos ‘custos do homem’ com todos os tipos de ‘avaliação da vida’ (...) ou ainda com as abordagens tradicionais da economia da educação (o homem não é um capital (...)).” KOLACINSKI, D. pp. 95-96.

¹⁷⁸⁶ KOLACINSKI, D. *id.* p. 96. Integrariam os três grupos, portanto, custos relativos à prevenção da mortalidade, cuidados médicos, seguridade, instrução elementar e lazer. Como se verá, não há intenção de elaborar um rol de necessidades básicas do ser humano, muito menos que este rol seja universal ou imutável.

¹⁷⁸⁷ KOLACINSKI, D. *ibid.*

¹⁷⁸⁸ KOLACINSKI, D. *ibid.*

Trata-se de fornecer a cada pessoa ‘os bens fundamentais’ necessários para o cumprimento de sua ‘tarefa humana’ (...). Para tanto, ‘os bens integrantes da dotação inicial não são mensurados por *mínima* fixados de uma vez por todas. Trata-se de outorgar, na melhor e mais econômica organização possível, em nível ótimo e não mínimo, uma dotação de bens iniciais para um indivíduo. Posteriormente, atingido o nível em dado momento não se torna definitivamente imutável, mas modifica-se com as transformações da técnica e da poupança (excedente de produção) no conjunto humano considerado.”¹⁷⁸⁹

Perroux atentou para a variabilidade e também para a relatividade histórico-cultural de tal conjunto ou dotação inicial de bens fundamentais – definidos pelo contexto cultural, econômico e social, como adverte Kolacinski –, de modo que os direitos do homem não se caracterizam em seu pensamento como normas arbitrárias, a-históricas e a-culturais.¹⁷⁹⁰

O autor francês chama a atenção para um fato relevante, qual seja, o de que os direitos não podem ser considerados, de um ponto de vista econômico, apenas como custos, mas também e, sobretudo, como investimentos.¹⁷⁹¹

Tais investimentos podem ser concebidos sob uma lógica de desenvolvimento sustentável, de modo que o argumento da escassez seria respondido pelo argumento dos custos do homem que podem ser avaliados em termos de um investimento em favor da paz e da justiça ou equidade.¹⁷⁹² Resta evidenciado, ainda, que a análise econômica torna-se uma ferramenta indispensável para a otimização do resultado social de tais “investimentos”.

¹⁷⁸⁹ KOLACINSKI, D. *id.* pp. 96-97.

¹⁷⁹⁰ KOLACINSKI, D. *id.* p. 97. O autor observa que “é apenas considerando direitos como necessidades reconhecidas que devem obrigatoriamente ser satisfeitas (...) que o homem pode ser colocado em posição de beneficiar-se da ‘dotação inicial de bens’ primários. KOLACINSKI, p. 107.

¹⁷⁹¹ KOLACINSKI, D. *ibid.* Tal expressão pode ser enganosa. Não se trata, aqui, de fazer uma apologia a concepções como a do capital humano, encarando todo e qualquer investimento como voltado à satisfação das necessidades do capitalismo. Entenda-se a expressão, no presente contexto, em sentido amplo, no caso, como investimento de recursos na satisfação de necessidades humanas valiosas por si só, e não apenas por serem valiosas para o funcionamento da economia capitalista.

¹⁷⁹² KOLACINSKI, D. *ibid.* Este argumento aparece na perspectiva da Economia dos Direitos, como visto, e não deixa de exibir o viés utilitarista daquela. Kolacinski evidencia ainda, sempre com base nas concepções de Perroux, que se deve ultrapassar o simples reconhecimento de utilidade dos direitos do homem como meios de obtenção de segurança, por exemplo. Trata-se da concepção da fundamentação pragmática preferida há pouco, ou da perspectiva da redistribuição *hobbesiana* de que fala Buchanan. KOLACINSKI, D. *ibid.*

Outra observação fundamental encontra-se nas palavras de Kolacinski, quando observa que “a falta de direitos pode acarretar custos irreversíveis e ainda aumentar os custos de sua efetivação posterior, enquanto que ‘na medida em que *certos custos do homem* tenha sido atendidos com sucesso, o volume total dos custos do homem diminui.”¹⁷⁹³

Como já afirmado anteriormente, quando se tratou das três perspectivas possíveis dos direitos a partir da Economia, uma compreensão minimamente adequada dessa temática não pode excluir arbitrariamente este dado.

Ou seja, a abordagem centrada nos custos dos direitos não peca apenas por ocultar que estes podem ser redutores de custos, como também ao tangenciar qualquer discussão acerca dos custos oriundos da não realização de um núcleo mínimo de direitos.¹⁷⁹⁴

Para Kolacinski algumas concepções permitiriam falar em uma Economia dos direitos do homem de forma coerente, notadamente a possibilidade de uma Economia multidimensional, a denominada Bioeconomia, assim como a Ecoética¹⁷⁹⁵, temas estes que proporcionam contribuições interessantes sobre as possibilidades de desenvolvimento do pensamento econômico em um contexto mais amplo e com orientação Ética.

Abordando o tema da Economia multidimensional, esclarece o autor que “o ser humano, que se desenvolve na esfera social, modificará a esfera ecológica através da atividade econômica e, fazendo-o, modificará a si mesmo.”¹⁷⁹⁶

¹⁷⁹³ KOLACINSKI, D. *ibid.* No mesmo sentido este autor, mais adiante: “Desse modo, a análise de F. Perroux pode ser estendida a todos os direitos do homem. Certos deles, uma vez efetivados, tornam-se menos caros em sua manutenção e permitem ‘ganhos’ em virtude de seu exercício regular; ganhos entre os quais se compreendem aqueles para o sistema econômico, que funcionará melhor.” KOLACINSKI, D. *id.* p. 98. Tais reflexões podem ser conectadas com a ideia do efeito cumulativo presente em teorias como as de Gunnar Myrdal e de John Maynard Keynes.

¹⁷⁹⁴ A abordagem silencia completamente sobre os enormes custos externos gerados pela operação do mercado e das empresas capitalistas num ambiente em que direitos mínimos não estão assegurados.

¹⁷⁹⁵ KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 114. O autor associa a Economia multidimensional ao pensamento de Henri Bartoli (1918-2008), a Bioeconomia a René Passet (1926-) e a Ecoética a Patrice Meyer-Bisch (1950-). KOLACINSKI, D. *id.* pp. 114-115.

¹⁷⁹⁶ KOLACINSKI, D. *id.* p. 114.

Nesse contexto, a Economia multidimensional seria uma abordagem a serviço da vida e situada em um contexto histórico determinado. Segundo Kolacinski, com base em Henri Bartoli, tal Economia não teria como conteúdo apenas o vazio dos maiores resultados com os menores custos, mas compreenderia a busca do nível mais elevado possível de satisfação das necessidades e aspirações dos homens, com prioridade para as necessidades fundamentais dos mais pobres, com os menores custos em termos materiais, financeiros e humanos.¹⁷⁹⁷

Aqui se conecta o elemento ético – humanista – com os elementos metodológicos e teóricos, posto que para responder às demandas que lhe são submetidas a partir das necessidades humanas tal Economia terá de ser diversa daquela ortodoxa, baseada sobre conceitos e variáveis unidimensionais que seccionam a realidade¹⁷⁹⁸, mutilando-a.

Observe-se que dadas as limitações da Ciência Econômica contemporânea, tal desafio não seria possível sem o recurso a uma multidisciplinaridade pela qual a Economia possa ser construída a partir dos demais saberes concernentes ao desenvolvimento do homem.¹⁷⁹⁹

Como visto no Capítulo I, a questão metodológica foi um importante campo de batalha no qual se desenrolaram em boa medida as várias revoluções e contrarrevoluções na Ciência Econômica, e questões metodológicas aparentemente neutras muitas vezes possuem profundas implicações éticas.

Além do abandono a uma perspectiva artificialmente unidimensional e da abertura à interdisciplinaridade, tal perspectiva seria caracterizada ainda por sua consciência relativamente à “interdependência dos fenômenos complexos que dependem de reações e retroações (*feedback*) da sociedade e da natureza.”¹⁸⁰⁰

Também conforme já visto, o recurso à abstração justifica-se até certo ponto para possibilitar a teorização sobre fenômenos de extrema complexidade. No

¹⁷⁹⁷ KOLACINSKI, D. *id.* p. 115.

¹⁷⁹⁸ KOLACINSKI, D. *ibid.*

¹⁷⁹⁹ KOLACINSKI, D. *ibid.*

¹⁸⁰⁰ KOLACINSKI, D. *id.* p. 116. De acordo com este autor a complexidade da realidade reclama a complexidade analítica que se pretenda científica. KOLACINSKI, D. *id.* p. 117.

entanto, como já advertia o próprio Alfred Marshall, os resultados não de ser complementados com outros dados empíricos, para que a utilidade da teoria seja demonstrada. Um dos dados da realidade que dificilmente podem ser negligenciados são aqueles relativos à interdependência e aos efeitos cumulativos, de ampla relevância para a compreensão de fenômenos sociais e econômicos, como ensina Gunnar Myrdal.¹⁸⁰¹

A Bioeconomia, por sua vez, teria como proposta a adoção de uma racionalidade que coloque a atividade econômica a serviço de todos os homens e que busque proteger, ao mesmo tempo, os equilíbrios naturais úteis ou necessários à existência humana.¹⁸⁰²

Isso seria possível a partir de uma reinserção da economia na biosfera, como observa Kolacinski, considerando-se que a primeira afeta e é afetada pela última. A consideração de elementos relativos ao meio ambiente faz com que a Bioeconomia seja um saber útil e necessário ao desenvolvimento de uma Economia dos direitos¹⁸⁰³ conectada à Ética.

Por fim, a Ecoética parte da crítica aos reducionismos economicistas e propõe a integração dos custos éticos na avaliação do bom funcionamento do mercado, estabelecendo a exigência de uma ética de responsabilidade que coloque a economia a serviço da vida.¹⁸⁰⁴

Segundo Kolacinski a Ecoética, cujo precursor seria Patrice Meyer-Bisch, indicaria a importância de uma responsabilidade comum entre Estado e particulares

¹⁸⁰¹ As teorizações de Myrdal, um dos poucos economistas a adotarem uma perspectiva verdadeiramente interdisciplinar de acordo com Galbraith, utilizaram como elemento central os efeitos de causalidade cumulativa para buscar compreender complexos fenômenos socioeconômicos como a discriminação contra os negros nos Estados Unidos da América. Note-se que as teorizações de John Maynard Keynes partem do pressuposto da causalidade cumulativa para explicar tanto a recessão quanto os efeitos das políticas anticíclicas por ele propostas. Veja-se exemplificativamente o Capítulo 22 da Teoria Geral de Keynes, intitulado Notas sobre o ciclo econômico. KEYNES, J. M. *op. cit.* p. 217.

¹⁸⁰² KOLACINSKI, D. *op. cit.* p. 117.

¹⁸⁰³ KOLACINSKI, D. *ibid.* A Bioeconomia coloca na análise elementos que de outro modo poderiam ser desconsiderados, como os recursos naturais necessários à satisfação das necessidades em matéria de água, de energia e de alimentos, por exemplo. KOLACINSKI, D. *id.* p. 118.

¹⁸⁰⁴ KOLACINSKI, D. *ibid.* p. 118.

na consecução dos direitos do homem, baseada em um princípio ético basilar de que aquele que cause um dano assuma suas consequências.¹⁸⁰⁵

Como evidencia David Kolacinski, com base no pensamento de François Perroux, “não é difícil perceber que uma *Economia dos direitos do homem* é o inverso dessa ‘economia avarenta’ pois, passando pela democracia, pela educação e pelos direitos sociais, ela busca ‘o pleno desenvolvimento de todas as forças mobilizáveis a serviço de todos’ que ‘é a condição preliminar de uma produção elevada, cujos frutos serão partilhados equitativamente.”¹⁸⁰⁶

Portanto, a partir do desenvolvimento de teorizações como as de autores como François Perroux, Henri Bartoli, René Passet, Patrice Meyer-Bisch, Amartya Sen e outros, parece possível sustentar um ponto de vista que reclame a reconexão da Economia com a Ética e que propicie, deste modo, uma visão econômica do Direito e dos Direitos que não vilipendie valores humanistas basilares a um sistema jurídico legítimo e que não seja deletéria para com as conquistas civilizatórias representadas pelos direitos fundamentais e pelos direitos do homem.

Resta indagar que tipo de Ética seria desejável para tanto, que Teoria da Justiça poderia embasar uma compreensão do Direito que traga aportes da Economia e que, ao mesmo tempo, prestigie o ser humano. Algumas possibilidades serão exploradas no item 4.3., dedicado ao exame de aspectos prementes da relação entre a categoria fundamental da eficiência com a Ética e com a Justiça.

No entanto, algumas reflexões ainda sobre possíveis modificações na teoria econômica conducentes a melhores possibilidades de interpenetração da Ética e da Economia merecem ser examinadas antes de adentrar aquela temática.

¹⁸⁰⁵ KOLACINSKI, D. *id.* pp. 118-119.

¹⁸⁰⁶ KOLACINSKI, D. *id.* p. 89.

4.3 EFICIÊNCIA, ÉTICA E JUSTIÇA

4.3.1 Possibilidade de uma Teoria Econômica do Direito e da Justiça

Quanto à indagação sobre as possibilidades e limites da Interação entre Direito e Economia evidenciou-se no item 4.1.1 supra uma resposta no sentido de uma possibilidade, ainda que limitada, de interação teórica entre Direito e Economia, propugnando-se por uma necessária regulação do mercado pelo Direito, dentro de certos limites, no que diz respeito à vida econômica.

No presente item investiga-se a possibilidade de aceitação de uma Teoria do Direito calcada na maximização da riqueza como a proposta por Richard Posner, bem como da fundação de uma Ética e de uma Teoria da Justiça com o mesmo princípio regente, também por ele propostas, como visto no Capítulo II.

Como já se viu no Capítulo III precedente, a concepção eficientista do Direito padece de inúmeros problemas e inconsistências, pelo que uma Teoria Econômica do Direito, nos moldes por ele propostos, merece ser rejeitada.

Pode-se ilustrar de várias maneiras as inconsistências da concepção posneriana. Imagine-se uma situação sob os preceitos da análise econômica do contrato. Uma análise puramente econômica é pouco sensível ao deontologismo e, portanto, a um princípio como aquele que é basilar na área de contratos, o *pacta sunt servanda*. Tal concepção é pouco sensível, ainda, a concepções importantes no campo jurídico atual, como a da boa-fé contratual.

Assim, de um ponto de vista estritamente econômico, caso o cumprimento de um contrato torne-se mais oneroso do que as penalidades por seu descumprimento, a solução é o descumprimento (*breach of contract*) e arcar com a indenização.

Agora, imagine-se que o cumprimento do contrato além de mais oneroso do que os custos do descumprimento para uma de suas partes, ainda seja eficiente de um ponto de vista global – i.e., aumente a “riqueza social”, porque, por exemplo, permite a alocação daquele recurso em mãos de quem o valoriza mais.

Segundo o critério da maximização da riqueza preconizado pela perspectiva posneriana, não apenas deveria o contrato ser descumprido mas, ainda, caso levada a questão ao Poder Judiciário, este deveria dar ao caso o julgamento de acordo com a maximização da riqueza. No caso, a solução deveria favorecer a parte que descumpriu o contrato, pois o descumprimento além de eficiente para ela ainda revelou-se maximizador da riqueza social.

Convém indagar quais os efeitos de tal compreensão em dimensões mais amplas do que a do caso isolado. Com efeito, se o cumprimento dos contratos e das obrigações se der apenas quando menos onerosos do que seu descumprimento, o princípio da boa-fé restará irremediavelmente comprometido.

Como recorda David Kolacinski, uma das condições para o bom funcionamento do mercado consiste na confiança e esta, por sua vez, depende da observância geral das normas jurídicas, inclusive contratuais.¹⁸⁰⁷

Daqui decorre a compreensão da essencialidade da boa-fé para a estabilidade das relações jurídicas – e econômicas por aquelas veiculadas. Recorda aquele autor, ainda, que o próprio Smith advertia para o risco de autodestruição do mercado pelo enfraquecimento da boa-fé.¹⁸⁰⁸

De se observar, portanto, que a análise de custo-benefício na análise do descumprimento contratual, por exemplo, pode fazer pleno sentido em um mundo estático e estritamente individualista, como o erigido pela ortodoxia econômica subjetivista-marginalista, mas uma vez expandida a análise em termos de abrangência e em termos cronológicos – i.e., abandonada a perspectiva estática e estrita e adotada uma perspectiva dinâmica e ampla – deixa de fazer sentido e surgem dúvidas severas sobre seus reais custos.

¹⁸⁰⁷ KOLACINSKI, D. *id.* p. 98.

¹⁸⁰⁸ KOLACINSKI, D. *ibid.*

De todo modo, estes e outros elementos trabalhados ao longo de todo o estudo parecem demonstrar a completa inaceitabilidade dos postulados posnerianos no sentido de uma compreensão do Direito como orientado apenas e tão-somente pelo valor da eficiência.

Assim, à questão da possibilidade de uma Teoria do Direito calcada na eficiência, deve-se responder com uma recusa veemente, haja vista a unidimensionalidade e o reducionismo grosseiro da concepção rústica do Direito a partir de tal proposta, que ostenta enormes limitações.

As mais severas parecem decorrer do fato de que os vários e concorrentes objetivos perseguidos pelo ordenamento jurídico, nos seus mais variados ramos, não podem ser reduzidos ou deduzidos a partir da eficiência econômica.

Portanto, quanto à questão sobre as possibilidades e limites de uma Teoria Econômica do Direito como a concebida por Posner, a resposta deve caminhar no sentido negativo, recusando-se tal possibilidade em função de suas limitações teóricas, práticas e, sobretudo, éticas.

Mais premente do que esta questão, em boa medida já enfrentada no Capítulo III, é a questão relativa às pretensões posnerianas acerca da fundamentação de uma Ética baseada na maximização da riqueza.

Quanto a este aspecto, há que se perfilhar uma posição de total rejeição da referida proposta, devido a seus efeitos deletérios e à incompatibilidade essencial de tal concepção para com as noções mais elementares e, ao mesmo tempo, mais difundidas de Justiça no pensamento filosófico, jurídico e político ocidental.

Assim, os itens sucessivos procurarão evidenciar as razões de tal rejeição, através de uma análise das complexas relações entre eficiência, Ética e Justiça, para, ao final, demonstrar a necessidade de embasar qualquer análise econômica do Direito em uma Teoria da Justiça, propondo, ainda, a adoção de uma concepção de Justiça capaz de proporcionar resultados aceitáveis de um ponto de vista ético e úteis de um ponto de vista prático.

4.3.2 Eficiência e Ética

Uma discussão necessária para qualquer tentativa de avaliar as atuais visões econômicas do Direito e de formular a proposta de um novo modelo de Análise Econômica do Direito é aquela referente à relação entre eficiência e Ética.¹⁸⁰⁹⁻¹⁸¹⁰

A correta compreensão da questão exige uma análise da relação referida nos níveis teórico e prático, isto é, no que se refere a conceitos como o de eficiência em Pareto ou Kaldor-Hicks e, ainda, no que se refere aos efeitos da Teoria da Ação Racional, do construto do *homo economicus* e da política econômica.

Como ensina Antonio Argandoña Rámiz, embora fossem saberes originalmente próximos, como evidenciado, após o século XIX sobretudo a relação entre Economia e Ética se desfez.¹⁸¹¹

¹⁸⁰⁹ Recorda José Bada Panillo: “Recordemos que Aristóteles dividiu todos os saberes humanos em teóricos, práticos e técnicos e situou a Economia entre os segundos, junto com a Política, e ambas abaixo da Ética como Filosofia prática fundamental. A técnica era para Aristóteles um *saber fazer algo*: como discursos, palácios, curar enfermos ou ganhar batalhas, e daí a retórica, a arquitetura, a medicina e a estratégia respectivamente; a teoria, ao contrário, era um saber saber ou especulação pura e a praxis um *saber viver humanamente*. Mas seria a técnica aristotélica, e não a praxis ou a teoria, a precursora do que hoje se entende como ciência. De modo que não apenas a Política mas também a Economia e em geral todas as ciências se emanciparam da Ética. O que não impede que os cientistas, como seres humanos, se submetam a normas morais e se questionem inclusive sobre o sentido ético de sua atividade científica. Por outro lado as relações entre a Economia e a Ética não se romperam do dia para a noite. Adam Smith foi moralista e economista, primeiro um, depois o outro, e nos deixou apenas duas obras realmente importantes na história do pensamento: uma publicada em 1759, *A Teoria dos sentimentos morais*, e a outra *A riqueza das nações* em 1776. Valha a menção como memória e resumo de uma ampla história passada senão como presságio do que possa voltar no futuro.” PANILLO, J. B. Ética y Economía. **Economía Aragonesa** n. 20, Zaragoza, abr. 2003, pp. 106-107. Recorda-nos, ainda, que Ética deriva do grego *ethos*, cujo significado original era aproximadamente o dos costumes politicamente corretos para os homens na *polis*, em significado próximo ao de moral, do latim *mos* ou *mores*, equivalente para os homens na *civitas*. O conceito contemporâneo, como também nos recorda o autor, tende a distinguir as variadas morais da Ética, que pode ser compreendida como uma Teoria moral. PANILLO, J. B. *id.* p. 109.

¹⁸¹⁰ KÜNG, H. *op. cit.* p. 282. Hans Küng chama a atenção para o fato de que “os teóricos europeus clássicos da economia e da sociedade – não apenas Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, mas também o fundador da Economia nacional e da Filosofia moral moderna, Adam Smith – não oferecem uma visão puramente economicista, mas situam sempre a Economia e a Política em um contexto social e ético global.”

¹⁸¹¹ RÁMIZ, A. A. Economía, Teoría de la Acción y Ética. **Información Comercial Española**, n. 823, jun. 2005, pp. 29-38. p. 29.

Como é sabido, a divisão entre Economia e Ética se deu não apenas por força do já processo de “amoralização” referido nos Capítulos I e III, mas igualmente pelo ceticismo de muitos quanto à possibilidade de formulação de uma teoria objetiva da ética e pela concepção difundida entre os economistas e outros pensadores de que os princípios morais são subjetivos.¹⁸¹²

Inicialmente deve-se observar que uma moralidade qualquer pode ser considerada um recurso para a economia, como evidencia José Bada Panillo ao distinguir entre Ética e moral – ou morais – e ao evidenciar tal caráter a algo como o que Max Weber denominara “ética protestante.”¹⁸¹³

Pondera o autor, no entanto, que “em todo caso uma moral que apenas seja útil para a economia não constitui nada mais e nada menos do que um recurso econômico.”¹⁸¹⁴ Portanto, embora sustente que a Economia como ciência necessariamente deva levar este recurso em consideração, permanece a indagação da acerca da necessidade da Ética ou Teoria Moral para aquela ciência.¹⁸¹⁵

Sobre esta questão, Panillo sustenta ser injustificável buscar fundamentar a Ética em motivos econômicos, refutando sua instrumentalização. Evidencia, no entanto, que os atores da economia, como sujeitos moralmente responsáveis, não encontrariam na Ética apenas uma limitação, mas também possibilidades.¹⁸¹⁶

A separação entre Ética e Economia possui importância central para se compreender adequadamente o sentido e o impacto de qualquer tentativa de análise

¹⁸¹² DE SOTO, J. H. Eficiencia y justicia del capitalismo. **Suma Administrativa**, v. 1, n. 1, fev. 2006, p. 88. Esclarece o autor que “contra esta postura até agora dominante, sustentamos que considerar as valorações, utilidades e custos subjetivos é uma coisa, como corretamente faz a Ciência Econômica, e outra bem distinta é considerar que não existam princípios morais com validade objetiva.” DE SOTO, J. H. *ibid.*

¹⁸¹³ PANILLO, J. B. *op. cit.* p. 110.

¹⁸¹⁴ PANILLO, J. B. *ibid.*

¹⁸¹⁵ PANILLO, J. B. *ibid.* Segundo o autor, “a questão é então se a Ética normativa, e não a moral realmente existente, faz falta para o bom funcionamento da economia ou se, ao contrário, não é mais do que um estorvo, como parece.” PANILLO, J. B. *ibid.*

¹⁸¹⁶ Nas palavras do autor: “a aceitação prática de uma ética comum, sua realização como moral vivida, pode ser útil, sem dúvidas, para o desenvolvimento econômico de uma nação. Do mesmo modo o desenvolvimento econômico em todo o mundo não parece possível sem uma paz mundial e esta é inconcebível sem a aceitação na prática de uma ética mínima para todos os seres humanos sem exceção alguma.” PANILLO, J. B. *id.* p. 114.

do jurídico a partir do econômico e, principalmente, o sentido das propostas posnerianas em termos de concepções de Ética de Justiça eficientistas.

Nesse contexto, insta rememorar que a eficiência, em sua concepção contemporânea, é uma categoria que sempre remeterá à noção da relação entre custos e benefícios em uma dada situação alocativa e que, portanto, merece à fundamentação de um juízo sobre a moralidade ou justiça de tal situação.¹⁸¹⁷

Como demonstrado anteriormente neste trabalho, uma alocação de recursos extremamente desigual pode, a despeito disso, caracterizar-se como eficiente do ponto de vista econômico. No entanto dificilmente poderia ser considerada justa de acordo com os padrões médios de moralidade vigentes.

Portanto afirmar que uma alocação de recursos é eficiente – seja do ponto de vista de Pareto, seja do ponto de vista de Kaldor-Hicks – nada diz sobre a moralidade ou imoralidade de tal situação, sobre sua justiça ou injustiça.

Exemplificativamente, a decisão de demitir milhares de trabalhadores e transferir um parque produtivo para um país cujos custos trabalhistas e previdenciários sejam muito menores, com pagamento de salários ínfimos, pode ser considerada eficiente do ponto de vista econômico, mas dificilmente será justa ou ética, por seus efeitos sociais deletérios, mesmo diante de uma concepção mínima de moralidade ou de justiça.¹⁸¹⁸

Do mesmo modo, a decisão de um Estado em cortar ou reduzir drasticamente todos os benefícios decorrentes dos direitos sociais pode ser considerada economicamente eficiente por alguns, mas dificilmente será considerada justa ou ética pela maioria das pessoas.

Efetivamente a miríade de consequências sociais nefastas oriundas de tal decisão faz com que a mesma dificilmente possa ser considerada consentânea com boa parcela das concepções éticas existentes.

¹⁸¹⁷ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 314 e nota de rodapé n. 9. Do mesmo modo outros construtos como a teoria do equilíbrio geral, que merece a qualquer conclusão acerca de questões éticas. KOLACINSKI, D. *id.* p. 88.

¹⁸¹⁸ Hans Küng faz menção ao *dumping* social realizado pelos países europeus e pelos EUA no terceiro mundo, que ilustram perfeitamente situação análoga. KÜNG, H. *op. cit.* p. 288.

A privatização de todos os serviços de saúde e previdência pode ser considerada eficiente, a partir de determinados pontos de vista, mas dificilmente seria passível de ser reputada como justa, diante dos efeitos excludentes de parcela significativa da população a partir de tal decisão.

Por derradeiro, observe-se que com a adoção do conceito de Kaldor-Hicks de eficiência econômica, caso se demonstre que transferir compulsoriamente determinados recursos da parcela mais pobre da população para a mais rica aumentasse a riqueza social, tal medida seria reputada eficiente. No entanto, aqui, novamente, eficiência e Justiça estariam separadas.

Obviamente a definição do conceito de Ética a ser adotado e do conceito de Justiça a ser seguido para uma análise econômica de matiz diverso do evidenciado é tema polêmico e sobre o qual será virtualmente impossível obter consenso.¹⁸¹⁹

No entanto, como já visto, procura-se desenvolver neste trabalho uma hipótese sobre determinada concepção de justo, a partir dos direitos da pessoa humana, de modo a sustentar que estes podem ser considerados um aspecto comum a diversas percepções contemporâneas do justo e do ético. Posteriormente evidenciar-se-ão alguns problemas ostentados por algumas das principais Teorias da Justiça contemporâneas, buscando fundamentar uma tomada de posição em favor de uma orientação que se reputa capaz de proporcionar uma solução para o problema.

Resta repisar, de início, que se espousa uma concepção segundo a qual os conceitos do ético e do justo são irreduzíveis ao conceito do eficiente, sendo, não raro, a ele contrapostos.¹⁸²⁰

¹⁸¹⁹ Em termos de Teorias da Justiça contemporâneas poderíamos elencar pelo menos a teoria utilitarista, a teoria liberal, a teoria libertária, a teoria marxista, a teoria comunitarista, a teoria igualitária e a teoria capacitária. Representadas por autores como Bentham, Rawls, Nozick, Marx, Walzer, Dworkin e Sen, tais orientações ilustram o quão diversas podem ser as concepções de Ética e de Justiça. Sobre a temática veja-se, entre tantos, KYMLICKA, W. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁸²⁰ Reconheça-se, no entanto, que s.m.j. a eficiência pode ser um meio preferível para promover justiça e também um componente da noção de justiça, como ensina Calsamiglia. É melhor promover justiça com menor do que maior dispêndio de recursos e, além disso, o desperdício de recursos escassos dificilmente será reputado justo. As relações entre eficiência e justiça são complexas e sutis, mas reduzir qualquer das categorias à outra constitui equívoco grosseiro.

O critério de Pareto, embora possua elementos éticos subjacentes, não visa à justiça de uma dada situação, mas sua eficiência.¹⁸²¹ Como recorda Albert Calsamiglia

Vilfredo Pareto propôs um critério que pretendia resolver alguns dos inconvenientes do utilitarismo e que permite classificar as decisões sociais evitando cálculos de felicidade e comparações interpessoais. É um critério individualista porque exige unanimidade para a eleição de procedimentos de decisão social. A ética paretiana é processual no sentido de que estabelece procedimentos decididos por unanimidade. A ética paretiana é negativa no sentido de que é uma condição necessária, ainda que não suficiente, da justiça.¹⁸²²

Adiante se explorarão algumas implicações de uma adoção do conceito paretiano de eficiência para com relação à justiça, especialmente a justiça distributiva.

Não é apenas o conceito de eficiência – seja ele o de Pareto, seja o de Kaldor-Hicks – que pressupõe uma separação entre Economia e Ética. Também outras construções ortodoxia do pensamento econômico possuem tal viés e ostentam implicações éticas importantes.

São exemplos o construto do *homo economicus* egoísta e autointeressado e o individualismo metodológico e a Teoria da Escolha Racional – todos elementos centrais do paradigma dominante.

Nesse sentido, alguns autores examinam as relações entre Ética e Economia a partir da Teoria da Ação. Antonio Argandoña Ramíz, por exemplo, observa que a relação entre Ética e Economia do ponto de vista do paradigma dominante do pensamento econômico concebe a primeira como uma restrição externa imposta de

SÁNDEZ, S. B. Justicia, Equidad y Eficiencia. *Hacienda Publica Española*, 1978, n. 51, 1987, p. 215.

¹⁸²¹ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 318.

¹⁸²² CALSAMIGLIA, A. *id.* p. 317. Como ensina Pierre Rosanvallon, o critério de Pareto “pretende-se supra-ético ou mais exatamente lógico-ético (i.e., opera uma fusão da ética e da lógica) na medida em que é fundado sobre a unanimidade.” ROSANVALLON, P. *Crise* cit. p. 96.

fora à ação econômica voltada exclusivamente para a consecução do valor da eficiência. Nesse sentido, ensina o autor:

A teoria econômica da ação considera que as decisões são tomadas para a satisfação eficiente das necessidades, definindo a eficiência como a obtenção dos melhores resultados possíveis com os recursos dados, ou a utilização do mínimo de recursos possível para obter um resultado, dentro das restrições que incluem os recursos e a informação disponíveis e outros condicionantes, entre os quais podem se incluir a lei e a ética.¹⁸²³

O autor considera que a Economia seria um excelente marco para a compreensão da Ética, pelo fato da primeira constituir uma teoria da ação humana eficiente, ao passo que a última pode ser concebida como a vertente normativa da teoria da ação humana.¹⁸²⁴

No entanto, pondera que a abordagem padrão exposta é insuficiente para tanto, sustentando que a Teoria da Ação indicaria alguns outros roteiros mais adequados para a intersecção entre Ética e Economia, como exemplificativamente a escolha dos fins, a motivação do agente, a decisão, a execução e as consequências da ação.¹⁸²⁵ Todos estes elementos seriam passíveis de uma reflexão ética, evidentemente, permitindo a superação das limitações do olhar convencional sobre o tema.

¹⁸²³ RÁMIZ, A. A. *op. cit.* p. 32. Evidencia o autor ser possível identificar uma série de elementos em toda ação humana: a) um ou mais fins, metas ou objetivos; b) deliberação com identificação dos meios ou recursos disponíveis, análise das alternativas, prognóstico das consequências, estabelecimento de critérios para avaliação dos meios e execução da ação; c) decisão dos meios; d) execução da ação; e) consequências ou resultados da ação; f) avaliação das consequências e resultados – aprendizado do agente; g) eventual correção da ação. RÁMIZ, A. A. *id.* pp. 30-31. O autor esclarece ainda que sob o paradigma econômico dominante, a teoria da ação parte de tais pressupostos com alguns elementos adicionais: a) o fim da ação corresponde à satisfação de uma necessidade do agente de acordo com uma escala de utilidades que ele toma como dadas; b) a deliberação busca o melhor resultado possível com o menor volume de dispêndio de seus recursos escassos disponíveis; c) a motivação é suficiente para deflagrar a ação; d) a decisão consiste na escolha dos meios adequados à maximização de utilidade pretendida; e) a indiferença quanto aos resultados, dado o caráter consumado da decisão e a irrelevância das consequências para a decisão já tomada. RÁMIZ, A. A. *id.* p. 31.

¹⁸²⁴ RÁMIZ, A. A. *id.* p. 31-32.

¹⁸²⁵ RÁMIZ, A. A. *id.* p. 32.

Ramíz observa quanto aos fins que as concepções da Economia ortodoxa sofrem objeções, pois tal orientação apoia-se no conceito de bem-estar (*welfare*), pressupondo a possibilidade de tratar de tais questões separadamente de outras, como igualdade, liberdade ou justiça.¹⁸²⁶ Note-se que as mesmas críticas podem ser endereçadas para concepções que tratam isoladamente da maximização da riqueza.

Observe-se com o autor que na fase da deliberação da ação humana o agente não se limita a identificar os meios disponíveis, formular as alternativas possíveis e analisar as consequências, levando a cabo a ação, levando em consideração apenas elementos econômicos, mas também elementos éticos, sociais, políticos, entre outros, de acordo com os quais avaliará os meios eleitos.¹⁸²⁷

O egoísmo implícito no modelo do *homo economicus* – assim como na Teoria da Escolha Racional – tem repercussões éticas significativas, portanto, como evidencia também Amartya Sen.

Convém observar que não há evidência – apenas dogma – de que o comportamento autointeressado e egoísta seja sempre eficiente¹⁸²⁸ e, inversamente, que o comportamento orientado por normas seja sempre ineficiente – há evidência em sentido contrário. Nesse sentido, Sen, refletindo sobre o comportamento humano e sobre sua motivação, observa:

Às vezes a razão alegada para supor a ação auto-interessada parece basear-se em seus resultados esperados – argumentando que isso conduziria a resultados eficientes. O êxito de algumas economias de livre mercado, como o Japão, na obtenção de eficiência também tem sido citado como prova da teoria do auto-interesse. Contudo, o êxito de um mercado livre nada nos diz sobre que *motivação* está por trás da ação dos agentes econômicos em uma economia desse tipo. De fato, no caso japonês, existem eloquentes provas empíricas de que afastamentos sistemáticos do

¹⁸²⁶ RÁMIZ, A. A. *ibid.* Observa o autor que a orientação da Economia quanto ao bem-estar avançou da posição hedonista, que identificava o bem-estar com um estado mental de prazer ou de felicidade, para a posição que identifica o bem-estar com a satisfação das preferências. RÁMIZ, A. A. *id.* pp. 32-33.

¹⁸²⁷ RÁMIZ, A. A. *id.* p. 30.

¹⁸²⁸ Modelos como o do dilema do prisioneiro indicam exatamente a possibilidade de que o contrário se verifique.

comportamento auto-interessado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade têm desempenhado um papel importante no êxito da indústria.¹⁸²⁹

Ou seja, parecem existir evidências de que o comportamento ético orientado também altruisticamente, especialmente com referência ao grupo, possa igualmente conduzir à eficiência, o que demonstra a complexidade das relações entre ética e eficiência ocultadas sob as enormes simplificações do modelo ortodoxo de pensamento econômico.

Aduz Sen que o predomínio, no Japão, do comportamento baseado em regras pode ser observado em diversas esferas de conduta social¹⁸³⁰, e que se vislumbra um incipiente conjunto de teorias alternativas sobre o comportamento econômico no que diz respeito ao êxito da indústria, baseadas em comparações levadas a cabo entre sociedades informadas por diferentes sistemas de valores.¹⁸³¹

Por outro lado, observa este autor que a recusa da premissa segundo a qual as pessoas sempre se comportariam exclusivamente em conformidade com seu autointeresse não significa sustentar que sempre hajam de maneira altruísta.¹⁸³²

Como já observado, Sen ressalta que os grupos podem proporcionar uma compreensão do comportamento comprometido, e que considerando a existência de interesses parcialmente convergentes e parcialmente conflitantes, “as ações baseadas na lealdade ao grupo podem implicar, em alguns aspectos, um sacrifício de interesses puramente pessoais, assim como podem também facilitar, em outros aspectos, maior realização do auto-interesse.”¹⁸³³

¹⁸²⁹ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 34.

¹⁸³⁰ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 34.

¹⁸³¹ SEN, A. *id.* pp. 34-35.

¹⁸³² SEN, A. *id.* p. 35. Admitindo que, no entanto, o autointeresse possui relevância na motivação humana, especialmente na esfera econômica, esclarece: “A verdadeira questão é se existe ou não uma pluralidade de motivações ou *unicamente* o auto-interesse rege os seres humanos.” *Ibid.*

¹⁸³³ SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* pp. 35-36. Exemplificativamente observa o autor que “em outras relações, como por exemplo em muitos casos de responsabilidades familiares, o grau de sacrifício pode ser extraordinariamente elevado.” *Id.* p. 36. As reflexões do autor impactam também sobre a premissa do individualismo metodológico, evidentemente.

O autor sustenta que um misto entre comportamento egoísta e altruísta caracterizaria as situações de lealdade ao grupo e poderia ser observado em um grande número de associações, relações de parentesco, comunidades e outros.¹⁸³⁴

A partir de reflexões como as oriundas do pensamento do economista indiano fica claro de que forma as teorizações pretensamente descritivas do comportamento humano abstraindo-se uma miríade de fatores pode resultar uma defesa normativa de uma postura eticamente questionável.

O problema da relação entre eficiência e Ética não se dá, por óbvio, apenas no que diz respeito às concepções teóricas do campo da Economia, fazendo-se presente igualmente no âmbito da política econômica.¹⁸³⁵

Observa Hans Küng que a globalização econômica imposta após a queda do muro de Berlim, subtraída a qualquer controle, não possui qualquer fundamentação ética e não leva em consideração os efeitos econômicos e sociais da dinâmica econômica.¹⁸³⁶

O autor lista, além dele mesmo, vários outros autores que têm manifestado preocupações com a relação entre Economia e Ética, como Peter Ulrich, Ingomar Hauchler, Warren R. Copeland e J. Philip Wogaman.¹⁸³⁷

Embora não seja possível definir um valor que deva ser predominante na sociedade humana, é possível sustentar, com Küng, que à Economia não se deve

¹⁸³⁴ SEN, A. *id.* p. 36.

¹⁸³⁵ José Bada Panillo, contrariamente, considera existente uma relação entre moral e funcionamento da economia, mas a inexistência de uma relação entre Ética e a ciência econômica. Defende o autor que a Economia como ciência não depende de imperativos éticos nem a eles se submete, afirmando ser o problema da relação entre Ética e Economia eminentemente prático, compreendendo a atividade econômica como atividade humana no contexto da ética humana universal. PANILLO, J. B. *op. cit.* p. 110.

¹⁸³⁶ KÜNG, H. *op. cit.* pp. 281-282. Para uma crítica percuciente sobre o processo de globalização econômica e seus efeitos sobre as esferas política e jurídica e, notadamente, sobre os direitos, veja-se LIMA, A. L. C. *op. cit.* Acerca da possibilidade de uma alternativa à globalização econômica neoliberal, veja-se STIGLITZ, J. **Globalização** *cit.*

¹⁸³⁷ KÜNG, H. *op. cit.* pp. 282-283. Acrescentaríamos François Perroux, Henri Bartoli, Rene Passet, Patrice Meyer-Bisch e Amartya Sen, sem qualquer pretensão de exaustividade.

proporcionar tal papel, recusando-se o atual quadro de predomínio do poder econômico.¹⁸³⁸

Na ótica de Hans Küng, uma das consequências desastrosas de um predomínio total dos valores de uma economia de mercado seria o sacrifício definitivo da Ética em nome do comércio e do lucro, sendo substituída por aquilo que proporciona êxito ou diversão¹⁸³⁹ – parece ser exatamente esta a proposta posneriana, concebendo a vida colonizada pelo econômico como um leilão permanente.

Por tal razão, cabe defender a primazia da Ética em face da Economia – e da economia –, como propugna aquele autor, para quem os interesses, imperativos e cálculos da racionalidade econômica não podem de sobrepujar as exigências fundamentais da razão ética.¹⁸⁴⁰ Refletindo sobre as relações entre Ética e economia, observa Bada Panillo que

Quando se analisam os efeitos colaterais que o sistema econômico produz ao seu redor, isto é, as consequências perversas da atividade econômica na sociedade e na natureza, se diz que a causa não é outra senão a racionalidade estratégica da economia orientada pelo maior lucro sob condições de concorrência. Os efeitos perversos que decorrem dessa atividade para o mundo, ainda que não sejam desejados, coloca para os atores individuais um dilema que os apanha sem escapatória possível tanto no foro da consciência moral como no campo da eficiência econômica.¹⁸⁴¹

Defende, assim, a necessidade da busca de uma ética de responsabilidade que não se exima com base em alguma ideia como “Deus proverá” ou “a mão invisível” proverá.¹⁸⁴²

¹⁸³⁸ KÜNG, H. *id.* pp. 282-283.

¹⁸³⁹ KÜNG, H. *id.* p. 287.

¹⁸⁴⁰ KÜNG, H. *id.* p. 288.

¹⁸⁴¹ PANILLO, J. B. *op. cit.* pp. 114-115. Observa ainda o autor que a conduta isolada de um empresário não evitará a destruição do entorno pelo sistema econômico, com repercussões em sua própria empresa. Segundo o raciocínio de Panillo ao problema coletivo posto somente uma ação coletiva pode conferir uma resposta. PANILLO, J. B. *id.* p. 115.

¹⁸⁴² PANILLO, J. B. *ibid.*

Afirma o autor que esta deverá ser uma ética que “não prometa apenas aos indivíduos a consciência tranquila aconteça o que acontecer no mundo”, mas uma ética que “se comprometa com a história da humanidade e obrigue a fazer todo o possível para que o mundo seja melhor ou menos mau.”¹⁸⁴³ Adiante se fará uma incursão acerca do tipo de Ética que se reputa ostentar tais características.

Segundo Panillo, tal Ética não precisa negligenciar a racionalidade econômica, mas deve saber o que exigir dos agentes econômicos, rechaçando o imperialismo econômico, pois “a economia é o que é, e não se pode pedir peras para o ulmeiro, mas nem tudo é economia.”¹⁸⁴⁴

Feitas estas reflexões preliminares sobre as complexas relações entre eficiência e Ética, cabe voltar o foco para um aspecto específico deste problema que se considera central para este trabalho, qual seja, a relação entre eficiência e Justiça.¹⁸⁴⁵

4.3.3 Eficiência e Justiça

No âmbito da problemática relação entre Economia e Ética, há que se abordar um elemento integrante desta tensão da maior importância, especialmente para o campo do Direito, a saber, a relação entre eficiência e Justiça. Tal investigação é

¹⁸⁴³ PANILLO, J. B. *ibid.*

¹⁸⁴⁴ PANILLO, J. B. *ibid.*

¹⁸⁴⁵ Posteriormente, ao se propor a reconexão da Economia com a Ética e com uma Teoria da Justiça, buscar-se-á apontar possibilidades. Neste momento, convém registrar o que observa Panillo, “as diversas teorias éticas costumam fixar-se em um dos três pilares da Teoria da Ação: o agente, a ação propriamente dita ou suas consequências. Assim surgem as teorias baseadas na intenção ou motivação e nas virtudes, nos deveres ou normas (deontologia) e nas consequências (consequencialismo). No entanto nossas reflexões nos levam a concluir que uma teoria ética deve incluir todos os elementos da ação, i.e., ser ao mesmo tempo uma ética de bens, normas e virtudes, não por soma de recomendações, mas pelo desenvolvimento de uma explicação integral do que é a ação humana e de suas consequências normativas.” PANILLO, J. B. *op. cit.* p. 36.

necessária para demonstrar e fundamentar a rejeição à teratológica noção de uma justiça plutocrática propugnada por Posner.¹⁸⁴⁶

Como observa Jesús Huerta De Soto, com o advento do imperialismo econômico a que se fez referência no Capítulo II, “os estudos tradicionais sobre o Direito Natural e a Justiça viram-se eclipsados por uma concepção da Ciência Econômica que, de maneira torpe e mecanicista, pretendeu aplicar ao campo das Ciências Sociais a metodologia que inicialmente se formou para as Ciências Naturais e o mundo da Física.”¹⁸⁴⁷

O autor evidencia que, em virtude de uma teoria segundo a qual a ação humana e a política econômica eram concebidas como frutos de cálculos de custo-benefício orientados por um critério de maximização, parecia evidente a perda de relevância e de protagonismo dos princípios éticos.¹⁸⁴⁸ De acordo com De Soto, reputava-se àquela altura que “a ciência teria logrado desse modo superar e tornar obsoletas as considerações relacionadas com a Justiça.”¹⁸⁴⁹

Avalia o autor que com o fracasso do consequencialismo mecanicista que informava a Economia neoclássica surgiu a possibilidade de uma renovação da Economia, com maior realismo e humanismo, assim como um ressurgimento dos temas relativos à Ética e à Justiça como campo de estudos privilegiado no âmbito das Ciências Sociais.¹⁸⁵⁰

A despeito da pluralidade de concepções de Justiça e de Teorias da Justiça, bem como da plurivocidade da palavra justiça e da pluralidade de concepções de

¹⁸⁴⁶ A separação entre eficiência e justiça é evidenciada, entre tantos, por Walras, ao afirmar que “nossa demonstração da livre-concorrência, colocando em evidência a questão da utilidade, deixa inteiramente de lado a questão da justiça; porque ela se limita a fazer decorrer certa distribuição dos produtos de certa repartição dos serviços, deixando intacta a questão dessa repartição.” WALRAS, L. *op. cit.* p. 195.

¹⁸⁴⁷ DE SOTO, J. H. *op. cit.* p. 85. A rigor o positivismo jurídico em suas diversas variantes já havia banido a temática da maioria das correntes de pensamento sobre o Direito. Ocorre que o imperialismo econômico concorre ainda mais para o afastamento entre Direito e Justiça.

¹⁸⁴⁸ DE SOTO, J. H. *ibid.*

¹⁸⁴⁹ DE SOTO, J. H. *ibid.*

¹⁸⁵⁰ DE SOTO, J. H. *id.* pp. 86-87. O autor considera que a Escola Austríaca, através de Von Mises e Hayek, contribuíram na superação da perspectiva estática falha do paradigma neoclássico. O autor propugna, com base no enfoque da Escola Austríaca, que o mercado livre é o melhor meio de conciliação entre Justiça e Eficiência. DE SOTO, J. H. *id.* p. 101.

justiça existentes, parece plausível considerar que não se pode endossar um nihilismo, como se o conceito inexistisse no pensamento e na cultura humanos.¹⁸⁵¹

Além das variadas concepções ou teorias da Justiça às quais aqui já se fez menção – como as concepções utilitarista, liberal, libertária, comunitarista, igualitarista, entre outras – pode-se elencar algumas acepções da expressão Justiça a partir de alguns pontos de vista.

Como ensina Andrew Heywood, genericamente pode-se falar em Justiça como um tipo específico de julgamento moral relativo à distribuição de recompensas e punições, ou ainda da ideia de atribuir a cada indivíduo aquilo que lhe é devido¹⁸⁵² – de acordo com diferentes princípios conforme a visão em questão.

As concepções de Justiça social gravitam em torno da distribuição equânime ou justificável de riqueza e recompensas na sociedade, e, portanto, em fundamentos de justificação de diferentes tipos de distribuição.¹⁸⁵³

A concepção liberal de Justiça, por exemplo, tem seu principal fundamento na igualdade. Parte de uma noção de igualdade fundacional, segundo a qual todos os seres humanos nascem iguais e possuem igual valor moral, para sustentar a igualdade formal ou jurídica e a igualdade política.¹⁸⁵⁴

Além de tais aspectos, que representam a recusa da concepção liberal de Justiça relativamente a diferenças de *status*, privilégios e vantagens em função de fatores como gênero, cor e outros, há outras noções de igualdade presentes.

Uma delas é a noção de igualdade de oportunidades, que propugna que cada indivíduo goze das mesmas chances de ascensão na escala social, o que não significa igualdade de resultados, como adverte Heywood.¹⁸⁵⁵ Observa este autor

¹⁸⁵¹ Como observa Jesús Huerta De Soto, muitos teóricos consideram impossível conceber-se uma teoria objetiva sobre a Justiça. DE SOTO, J. H. *id.* p. 88.

¹⁸⁵² HEYWOOD, A. **Ideologias políticas: do liberalism ao fascismo.** Trad. Janaína Marcoantonio; Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010, p. 46.

¹⁸⁵³ HEYWOOD, A. *ibid.* Sobre alguns aspectos acerca da apropriação dos recursos e da relação, a partir de tal questão, entre Economia e Moral, veja-se WALRAS, L. *op. cit.*, Lição IV, pp. 53 e ss.

¹⁸⁵⁴ HEYWOOD, A. *ibid.*

¹⁸⁵⁵ HEYWOOD, A. *ibid.*

que “os liberais acreditam que a igualdade social é indesejável porque as pessoas não nascem iguais. Elas possuem talentos e habilidades diferentes, e algumas estão mais predispostas a trabalhar do que outras.”¹⁸⁵⁶

Assim, surge uma concepção importante na ideia liberal de Justiça, qual seja, a noção de meritocracia, que se pode compreender em geral como a defesa da distribuição de riqueza e posição social de acordo com o mérito individual – o que pode ser convertido em justificativa para as desigualdades.¹⁸⁵⁷

A concepção socialista de Justiça, por sua vez, parte do igualitarismo, consistente em uma concepção segundo a qual a igualdade social ou de resultados constituiria o principal valor político.¹⁸⁵⁸

Tal concepção sustenta um ponto de vista segundo o qual a igualdade social é o esteio da justiça, e de que a desigualdade social não reflete dotações naturais desiguais ou a incidência do acaso ou da sorte, mas é fruto de estruturas sociais desiguais.¹⁸⁵⁹

A visão socialista considera a igualdade jurídica e política insuficientes, valendo o mesmo para a igualdade de oportunidades, sustentando que um maior grau de igualdade social fortaleceria a comunidade e a cooperação.¹⁸⁶⁰

Rechaçando a noção de igualdade de oportunidades como perpetuadora de desigualdades e como uma concepção imbuída de darwinismo social, a concepção

¹⁸⁵⁶ HEYWOOD, A. *ibid.* Note-se que, de acordo com tal concepção, a igualdade social é injusta por tratar indivíduos desiguais de maneira semelhante, o que demonstra o quão diametralmente opostas podem ser as concepções acerca da Justiça. HEYWOOD, A. *id.* p. 47. Este autor evidencia ainda a diferença entre tal visão entre os liberais clássicos e os liberais modernos. Segundo ele, os primeiros eram defensores de uma meritocracia estrita, ao passo que os últimos, entre os quais insere-se Rawls, consideram ser necessário certo grau de igualdade social. HEYWOOD, A. *ibid.*

¹⁸⁵⁷ HEYWOOD, A. *id.* pp. 46-47.

¹⁸⁵⁸ HEYWOOD, A. *id.* p. 113.

¹⁸⁵⁹ HEYWOOD, A. *ibid.*

¹⁸⁶⁰ HEYWOOD, A. *ibid.*

socialista de Justiça considera que a satisfação das necessidades constituiria o fundamento da realização pessoal e da plenitude do ser humano.¹⁸⁶¹

Tal visão encara a satisfação das necessidades humanas básicas, tais quais a necessidade de alimento, água e abrigo, como algo que exige satisfação e que constitui um componente da liberdade, propugnando a substituição da divisa “a cada um conforme sua capacidade” pela divisa “a cada um conforme suas necessidades.”¹⁸⁶²

Apesar das breves considerações sobre duas das variadas concepções possíveis de Justiça já é possível evidenciar com toda a clareza a complexidade do próprio conceito de justiça, Sustenta-se, no entanto, que tal pluralismo conceitual acerca da justiça não impede que se possa sustentar uma visão da justiça e, especialmente, avaliar situações concretas como justas ou injustas.

No contexto do presente estudo, a relação entre eficiência e Justiça distributiva ou promotora de equidade constitui o aspecto mais premente do problema abordado.

Muitos economistas e autores, em variadas versões e diferentes matizes, afirmam existir um *trade off* entre justiça e eficiência – ou, por vezes, entre equidade¹⁸⁶³ e eficiência – pressupondo um antagonismo entre tais valores e afirmando a necessidade de, por vezes, abrir-se mão da justiça em nome da eficiência¹⁸⁶⁴, ou vice-versa.

¹⁸⁶¹ HEYWOOD, A. *id.* p. 115.

¹⁸⁶² HEYWOOD, A. *ibid.* O autor ressalva que o igualitarismo que informa a concepção socialista de Justiça não é absoluto, posto que a satisfação de necessidades consideradas especiais tem implicações não igualitárias. HEYWOOD, A., *ibid.*

¹⁸⁶³ Equidade é uma expressão plurívoca e equívoca nos campos da Filosofia e do Direito, como é sabido, podendo remeter a significados muito distintos em diferentes correntes de pensamento, autores e mesmo tradições jurídicas – veja-se, p. ex., o conceito de *equity* nos países da tradição de *Common Law* e a diferença entre este conceito e os conceitos de *justice* e *fairness*. Aqui utilizar-se-á a expressão no sentido que é aceite de maneira bastante ampla no campo da Ciência Econômica, a saber, como um conceito referente à *distribuição de recursos em uma situação alocativa*. Note-se que o conceito é aberto, pois não define *qual* distribuição pode ser considerada equitativa e qual não pode. Esta discussão permanece em aberto, mas ainda assim é possível teorizar sobre a relação entre eficiência e Justiça distributiva a partir da noção econômica de equidade, como se verá.

¹⁸⁶⁴ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 314.

A. Mitchel Polinsky recorre a um exemplo para demonstrar o caráter antagônico que por vezes pode assumir a relação entre eficiência e equidade. O autor cogita uma situação em que a construção de uma barragem afete apenas duas pessoas, a pessoa “A”, com um total de recursos equivalente a US\$ 65 e a pessoa “B”, com um total de recursos equivalente a US\$ 35 dólares.¹⁸⁶⁵

Supõe o autor que o custo da barragem equivalesse a US\$ 30 e que apenas a pessoa “B” tivesse que concorrer com este valor para sua construção. No entanto, os benefícios da barragem fossem de US\$ 40, revertendo em favor de “A”, pois a obra teria que ser realizada em seu imóvel.¹⁸⁶⁶

Nesse caso, Polinsky evidencia que a eficiência indicaria no sentido da realização da obra, haja vista que o benefício de US\$ 40 supera o custo de US\$ 30.¹⁸⁶⁷ No entanto, pondera que do ponto de vista da equidade a solução seria outra, posto que na situação final “A” teria 105 dólares e “B” apenas 5 dólares.¹⁸⁶⁸

Obviamente o autor assume aqui, como conceito de eficiência, o de Kaldor-Hicks, pois caso assumisse o conceito de Pareto a mudança não poderia ser considerada eficiente, pois a situação de “A” estaria melhor e a situação de “B” estaria pior. Sob o critério oposto de Kaldor-Hicks a mudança seria eficiente, pois nela os ganhos de quem ganha seriam superiores às perdas de quem perde – a ganhou US\$ 40, ficando com um total de US\$ 105, ao passo que “B” perdeu US\$ 30, ficando com US\$ 5.¹⁸⁶⁹

Desse modo a mudança na alocação poderia ser considerada eficiente, mas dificilmente equânime, em virtude do fato de que a situação narrada não se adequa

¹⁸⁶⁵ POLINSKY, A. M. *op. cit.* p. 20.

¹⁸⁶⁶ POLINSKY, A. M. *op. cit.* p. 20.

¹⁸⁶⁷ Note-se que no exemplo, o montante total daquela economia hipotética, que era de US\$ 100 passaria a ser de US\$ 110 com a realização da obra.

¹⁸⁶⁸ POLINSKY, A. M. *id.* p. 20.

¹⁸⁶⁹ O exemplo do autor é valioso inclusive por evidenciar que, sob Kaldor-Hicks ou o critério posneriano de maximização da riqueza, uma situação em que quem tinha menos perdeu e em que quem tem mais ganhou ainda mais, pode ser reputada eficiente, o que ilustra o descompasso com noções elementares de Justiça ou equidade.

à maioria das noções possíveis de Justiça ou equidade – salvo a de Posner, para quem a situação narrada seria, ao mesmo tempo, eficiente e justa.

Por outro lado, caso se estabelecesse que uma distribuição justa dos recursos indicasse que “A” deveria ficar com 60% de seu total e “B” deveria ficar com 40% de seu total¹⁸⁷⁰, caso não se construísse a barragem as dotações de cada um seriam, respectivamente, US\$ 60 e US\$ 40; e caso se construísse a obra, US\$ 66 e US\$ 44, também respectivamente.¹⁸⁷¹

Polinsky observa, ainda, que tal entendimento depende da possibilidade ou não de se promover a referida distribuição, e que “a forma de resolver este conflito entre eficiência e equidade depende da importância que se atribua à eficiência relativamente à equidade.” Acrescentando: “se for muito importante fomentar a equidade, poderia ser desejável sacrificar alguma eficiência em prol de uma maior equidade, não construindo a barragem(...)”.¹⁸⁷²

Polinsky introduz, portanto, uma questão importante, qual seja, a possibilidade de redistribuição, mas reconhece algumas coisas igualmente importantes, especialmente o caráter político da decisão sobre sua relevância e a possibilidade de sacrifício da eficiência em nome da equidade.

O autor observa ainda que se fosse possível transferir renda entre “A” e “B” sem custos, a solução deveria ser a construção da barragem, pois “B” receberia US\$ 39 transferidos e, na situação final, A ficaria com US\$ 66 e “B” com US\$ 44, ambos em situação melhor do que anteriormente.¹⁸⁷³

Observe-se que com esse exemplo trivial, Polinsky evidenciou a possibilidade de uma coincidência entre equidade e eficiência – teorizada por Salvador Barberá Sáñez, como se verá adiante –, embora calcada no pressuposto contrafático dos

¹⁸⁷⁰ Uma distribuição do gênero poderia ser considerada equânime sob diversos argumentos como, por exemplo, a proporção da contribuição de A e B para com a economia hipotética representada no exemplo. A relação com a justiça distributiva aristotélica e com a igualdade geométrica é evidente.

¹⁸⁷¹ POLINSKY, A. M. *id.* p. 20.

¹⁸⁷² POLINSKY, A. M. *id.* pp. 20-21.

¹⁸⁷³ POLINSKY, A. M. *id.* p. 21.

custos de transação iguais a zero.¹⁸⁷⁴ De seu exemplo o autor extrai alguns resultados que sintetiza nos seguintes termos:

Se a renda não for passível de ser distribuída sem qualquer custo, pode se dar um conflito entre eficiência e equidade. Se tal conflito ocorrerá ou não de fato, isso dependerá das consequências distributivas específicas da busca da eficiência e do que constitua uma distribuição equitativa da renda. Mas se for possível distribuí-la sem custos não há qualquer conflito entre eficiência e equidade. Isto será verdadeiro independentemente das consequências distributivas específicas da busca da eficiência e independentemente do que constitua uma distribuição equitativa da renda.¹⁸⁷⁵

Polinsky sustenta uma visão segundo a qual a redistribuição da renda geralmente apresenta custos, trazendo como consequência a dificuldade em se conciliar eficiência e justiça.

Distinguindo entre redistribuição de renda através de transferências e de tributação e redistribuição através de normas jurídicas, Polinsky afirma o caráter custoso das primeiras.¹⁸⁷⁶

Considerando o impacto negativo da tributação sobre o preço e, conseqüentemente, o consumo de um bem, Polinsky evidencia que uma estratégia como a de buscar redistribuir renda através de um imposto sobre o consumo implica certo sacrifício em termos de eficiência, o que caracteriza um custo da redistribuição da renda entre outros – os custos administrativos, por exemplo.¹⁸⁷⁷

Isto seria verdadeiro, segundo o autor, relativamente a outras espécies de tributos, como o imposto sobre a renda, que com seus incentivos ou desincentivos

¹⁸⁷⁴ Polinsky: “observe-se que, se for possível redistribuir a renda sem nenhum custo, a barragem deveria ser construída, independente do que constituísse uma distribuição equitativa da renda. Caso se pretendesse, por exemplo, uma distribuição igualitária da mesma, então, sem a barragem, o decano e eu poderíamos ter 50 dólares cada um, e com a barragem poderíamos ter 55 cada um. Se a equidade reclamasse, por outro lado, que tudo fosse para as mãos do decano, a barragem deveria ser construída, porque em tal caso ele teria US\$ 110 em lugar de US\$ 100.” POLINSKY, A. M. *ibid.*

¹⁸⁷⁵ POLINSKY, A. M. *ibid.*

¹⁸⁷⁶ POLINSKY, A. M. *id.* p. 123.

¹⁸⁷⁷ POLINSKY, A. M. *id.* pp. 123-124.

distorce as decisões relativas ao tempo dedicado ao trabalho e ao ócio e induz a decisões ineficientes.¹⁸⁷⁸

Também transferências como as realizadas através de subvenções podem induzir a decisões ineficientes – consumo exagerado de energia elétrica subsidiada pelo governo, por exemplo – de modo que o autor sustenta que “em geral, qualquer tipo de imposto ou transferência que se utilize para redistribuir a renda distorcerá o preço de um determinado produto e terá, em consequência, um custo em termos de eficiência.”¹⁸⁷⁹ Ou seja, deste ponto de vista, parece realmente haver um *trade off* necessário entre eficiência e Justiça, devendo uma ser promovida à custa da outra.

Quanto à redistribuição através de normas jurídicas¹⁸⁸⁰, A. Mitchel Polinsky afirma que a mesma pode ser difícil e até mesmo impossível em relações jurídicas contratuais ou relações de mercado contínuas. Isso se dá em razão do reajustamento da conduta das partes – racionalidade estratégica – a partir da redistribuição pretendida.¹⁸⁸¹

Polinsky sustenta, portanto, que as normas seriam capazes de promover redistribuição de renda em relações jurídicas extracontratuais, mas não nas situações contratuais ou de mercado.¹⁸⁸²

Quanto às primeiras, a ausência de relações continuativas entre as partes impede o reajustamento estratégico do comportamento, de modo que o sistema de responsabilidade civil por dano extracontratual, por exemplo, revela-se capaz de

¹⁸⁷⁸ POLINSKY, A. M. *id.* pp. 124-125.

¹⁸⁷⁹ POLINSKY, A. M. *id.* p. 125.

¹⁸⁸⁰ Polinsky recorda que de acordo com o Teorema de Coase, na ausência de custos de transação a solução eficiente sempre será atingida independentemente da atribuição de direitos, o que não implica, como já visto, que a alocação de recursos seja justa ou equitativa. Uma consequência do Teorema é a demonstração de ser possível redistribuir renda por meio de normas jurídicas. POLINSKY, A. M. *ibid.*

¹⁸⁸¹ POLINSKY, A. M. *id.* pp. 126-127. Por exemplo, uma tentativa de repasse de recursos dos concessionários de transporte coletivo para certos usuários através de desconto compulsório na tarifa será repassada aos demais usuários através de ajustamentos no preço, frustrando o intuito original – na verdade a renda estará sendo redistribuída do conjunto dos usuários não beneficiados com o desconto para estes, e não das empresas para os beneficiários visados.

¹⁸⁸² POLINSKY, A. M. *id.* pp. 125-126.

redistribuir a renda na proporção das perdas esperadas.¹⁸⁸³ Ou seja, observa Polinsky que “em geral, sempre que as partes em um litígio forem ‘estranhas’ (i.e., sem uma relação contratual ou de mercado) a escolha da norma jurídica adequada terá consequências distributivas.”¹⁸⁸⁴

Quanto à indagação sobre deverem as normas jurídicas ser utilizadas para promover a redistribuição, o autor acrescenta ao custo de oportunidade – perdas em eficiência, como já demonstrado – outros aspectos, como a falta de precisão na tentativa de promoção de justiça distributiva através das mesmas.¹⁸⁸⁵

Observa o autor que para que a redistribuição opere como pretendido é necessária estrita correspondência entre as características das pessoas ou grupos visados, sob pena de revelarem-se instrumentos pouco precisos para promover a finalidade referida.¹⁸⁸⁶ Nada obstante, reconhece o autor que “em certos tipos de litígio, a escolha de uma norma jurídica poderia contribuir para o atingimento de objetivos distributivos.”¹⁸⁸⁷

Outra consideração do autor é que a redistribuição através de normas jurídicas seria menos sistemática do que outras formas, como aquela promovida pela tributação ou por subvenções.¹⁸⁸⁸

Embora da afirmação de oposição entre eficiência e justiça ou equidade não decorra logicamente a preponderância necessária da primeira¹⁸⁸⁹ ou dos últimos, a

¹⁸⁸³ POLINSKY, A. M. *id.* pp. 127-128.

¹⁸⁸⁴ POLINSKY, A. M. *id.* p. 128.

¹⁸⁸⁵ POLINSKY, A. M. *id.* pp. 129-130.

¹⁸⁸⁶ “Por exemplo, ainda que os produtos de uma indústria poluidora fossem consumidos exclusivamente por indivíduos ricos e as vítimas da contaminação fossem todas pobres, nem todo rico comprará necessariamente este artigo e nem todo pobre viverá próximo a uma fábrica que o produza. Assim a norma jurídica utilizada para resolver o litígio acerca da contaminação redistribuirá a renda, no melhor dos casos, de um subgrupo de um nível de renda a um subgrupo de outro.” POLINSKY, A. M. *id.* pp. 130-131.

¹⁸⁸⁷ POLINSKY, A. M. *id.* p. 130.

¹⁸⁸⁸ POLINSKY, A. M. *ibid.* O autor afirma isso tendo em mente que a redistribuição pretendida através de normas jurídicas “somente pode produzir-se quando ocorre um litígio”, ficando o resultado restrito às partes, ademais.

¹⁸⁸⁹ Nesse sentido, Polinsky, utilizando-se do exemplo da divisão de um pastel: “Se for possível repartir o pastel do modo desejado, evidentemente não há nenhum conflito: se o pastel é maior, todos poderão obter um pedaço maior. No entanto, se com a finalidade de conseguir um pastel

simples afirmação pode ser questionada em termos, pois existe a possibilidade, ao menos teórica, de situações eficientes e equitativas.

Além da eficiência ser um requisito plausível da Justiça, Calsamiglia reconhece que nem sempre a relação de oposição entre Justiça e eficiência se verifica, como se verá adiante.¹⁸⁹⁰

Ensina Salvador Barberá Sáñez que a depender da concepção ou do conceito de justiça adotado – no contexto, ele está problematizando a falta de formalização de tal conceito em oposição ao conceito paretiano de eficiência – poder-se-ia considerar, conforme o caso, que justiça e eficiência são totalmente contrapostas ou, contrariamente, que poderia existir intersecções e continuidades entre os conceitos.¹⁸⁹¹

No primeiro caso verificar-se-ia sempre o afirmado *trade off* entre Justiça e Eficiência, o que já não ocorreria no segundo caso, eis que seria possível conceber plausivelmente situações nas quais tanto a justiça quanto a eficiência fossem atendidas.¹⁸⁹² Observe-se, portanto, que a depender da concepção de Justiça (ou de eficiência) adotadas, a oposição entre ambas não se dá.

Jesús Huerta De Soto, por exemplo, sustenta tal ponto de vista a partir do pensamento do economista Israel Meir Kirzner, economista da Escola Austríaca, cujos trabalhos, de acordo com o primeiro, tornam manifestas certas relações existentes entre teoria econômica e ética social.¹⁸⁹³

maior for necessário dividi-lo de uma forma completamente contrária à equidade, então, conforme aquilo que constitua numa divisão equitativa do pastel, pode muito bem estabelecer-se um conflito entre eficiência e equidade. Pode resultar preferível aceitar um pastel menor (menos eficiência) em troca de uma divisão mais justa (maior equidade). POLINSKY, A. M. *id.* p. 20.

¹⁸⁹⁰ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 314. “Por fim, eficiência e equidade nem sempre se opõem. Podem existir situações nas quais a relação inversa não se verifique. Por exemplo, se não há custos de distribuição a relação inversa entre produção e distribuição não se dá. Alguns economistas defendem que seu problema não é o da distribuição, mas o da produção. Polinsky afirma que a tarefa do economista é ampliar ao máximo o pastel, deixando a outros – como, por exemplo, os legisladores – a tarefa de determinar como há de se dividir.” CALSAMIGLIA, A. *id.* pp. 314-315.

¹⁸⁹¹ SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 216.

¹⁸⁹² SÁÑEZ, S. B. *ibid.* Recorde-se o exemplo da barragem de Polinsky.

¹⁸⁹³ DE SOTO, J. H. *op. cit.* p. 89.

Segundo tal concepção – calcada em um princípios morais de liberdade e propriedade¹⁸⁹⁴ – a contradição ou *trade off* entre eficiência e Justiça não se existiria, antes possibilitaria diferentes combinações.¹⁸⁹⁵

Considera o autor que tal *trade off* existiria entre o binômio justo e eficiente, de um lado, e o binômio injusto e ineficiente, de outro, considerando que a coerção sistemática da atividade empresarial seria imoral pela recusa à justa apropriação dos frutos da criatividade humana, e ao mesmo tempo ineficiente.¹⁸⁹⁶

Assim, sinonimizando Justiça e eficiência, sustenta De Soto que “somente a justiça possibilita a eficiência” e, ao mesmo tempo, “que o eficiente não pode ser injusto”, sustentando que considerações relativas aos princípios morais e à eficiência econômica não se oporiam entre si, mas, contrariamente, se reforçariam e se respaldariam mutuamente.¹⁸⁹⁷

Embora reconheça a necessidade de uma ética a orientar o pensamento econômico, tal visão, diversa daquela de Posner quanto à formulação e matriz teórica, mas semelhante no que diz respeito à identificação de justiça e eficiência, concebe os termos como não antitéticos, em virtude da concepção de justiça que a embasa e dos princípios morais que sustenta.

Sua insuficiência é a mesma da visão posneriana, sua verossimilhança e plausibilidade é parca e sua insuficiência é patente diante dos produtos da livre operação do mercado e sua manifesta injustiça – pelo que, adiante, se investigará uma Teoria da Justiça consistente para promover a reconexão entre Ética, justiça e Economia.

Napolitano e Abrescia, por sua vez, questionam a distinção nítida entre eficiência alocativa e Justiça distributiva, sustentando que

¹⁸⁹⁴ DE SOTO, J. H. *id.* p. 100.

¹⁸⁹⁵ DE SOTO, J. H. *id.* p. 89.

¹⁸⁹⁶ DE SOTO, J. H. *ibid.* Mais adiante, aduz o autor: “A polêmica entre ambas as dimensões é falsa e errônea. O justo não pode ser ineficiente, nem o eficiente injusto.” DE SOTO, J. H. *id.* p. 100.

¹⁸⁹⁷ DE SOTO, J. H. *id.* p. 89.

mesmo que o critério paretiano desempenhe ainda hoje um papel fundamental para a explicação da eficiência dos equilíbrios obtidos em mercados competitivos, as teorias que postulam a existência de um poder endógeno do mercado em atingir o nível da máxima eficiência encontram limites ético-sociais, dados pela imodificabilidade das situações iniciais.¹⁸⁹⁸

Como observa Salvador Barberá Sáñez, apesar de sua ampla aceitação no meio dos economistas, “o critério de Pareto possui uma capacidade muito limitada para discriminar entre diferentes estados econômicos; e por isso o economista tem que apelar para considerações adicionais de natureza distinta: equidade, justiça, desigualdade, etc.”¹⁸⁹⁹

Referido autor reconhece que tais critérios são tão ou mais importantes do que o critério de eficiência, a despeito de mais difíceis de expressar formalmente.¹⁹⁰⁰ Evidencia ainda que a determinação de objetivos sociais inescapavelmente partirá de juízos de valor, e observa que o próprio critério paretiano também não está imune a eles, embora sejam aceitos de forma bastante ampla.¹⁹⁰¹

Sáñez admite que a teoria econômica revela-se incapaz de resolver as controvérsias referentes a qual ou quais valores devem orientar o objetivo social, mas afirma sua capacidade em contribuir para com o esclarecimento dos termos das referidas controvérsias.¹⁹⁰²

Sustenta que um estado “subótimo” de alocação de recursos não pode ser considerado positivo, evidenciando que, em tal caso, “haveria uma forma alternativa de distribuir os recursos, sem prejudicar a ninguém e melhorando a situação de

¹⁸⁹⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. *op. cit.* p. 76. Observam os autores que “deriva de tal consciência o desenvolvimento de outras noções de eficiência, como aquela baseada no conceito de melhorias potenciais em Pareto, de acordo com um mecanismo de compensação. Esta orientação diversa permite modificações nos quais há vencedores e vencidos, mas reclama que os primeiros ganhem mais do que percam os segundos e, portanto, possam, pelo menos em princípio, compensar os últimos, mantendo de todo modo um excedente para si.” *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 213.

¹⁹⁰⁰ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁰¹ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁰² SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

alguém”¹⁹⁰³ – o que demonstra uma conexão sutil entre a eficiência paretiana e a ética.

Frise-se o caráter do nexó: uma situação alocativa ótima em termos paretianos não significa justiça distributiva – apenas eficiência alocativa. No entanto, uma situação alocativa “subótima” em termos paretianos indica um problema alocativo e uma possibilidade de melhoria ética – a situação de alguém pode ser melhorada sem piorar a de ninguém.¹⁹⁰⁴

Ademais, a eficiência pode ser um requisito necessário – mas não suficiente – da Justiça, como ensina Calsamiglia:

A eficiência é um componente da ideia de justiça, mas não é o único critério de justiça. Dificilmente poderíamos qualificar de justo um sistema totalmente ineficiente ou uma sociedade que desperdiça recursos básicos que atendem necessidades básicas. Mas os critérios de eficiência não são os únicos a ter em conta para qualificar um sistema de justo. Junto à eficiência, os direitos e os objetivos coletivos ocupam um lugar importante. Um sistema institucional imprevisível e inseguro não pode ser qualificado de justo. Mas um sistema muito ineficiente tampouco.¹⁹⁰⁵

Portanto parece possível conceber, quanto à relação entre eficiência no sentido paretiano e Ética, que a concepção correta do critério de Pareto é o de condição mínima de eficiência, e que – talvez – não seja oportuno abandoná-lo, mas antes reconhecer sua insuficiência e complementá-lo com outros conceitos capazes de representar as dimensões que fogem ao mesmo.¹⁹⁰⁶

As limitações do critério de Pareto para trabalhar com conceitos como Justiça é reconhecida, tanto que pesquisas econômicas sobre temas como a equidade têm

¹⁹⁰³ SÁNDEZ, S. B. *id.* p. 215.

¹⁹⁰⁴ Embora a caracterização de tal situação como moral ou imoral possa depender, segundo determinados pontos de vista, da forma de utilização dos recursos a serem distribuídos, ou seja, dos destinatários da distribuição de tais recursos.

¹⁹⁰⁵ CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 335.

¹⁹⁰⁶ SÁNDEZ, S. B. *op. cit.* p. 215.

se esforçado por desenvolver e formalizar outros conceitos capazes de dar conta da compreensão de tais problemas¹⁹⁰⁷, como se verá adiante.

Também o conceito de melhorias potenciais em Pareto – ou critério de Kaldor-Hicks – é limitado em termos de descrever aspectos éticos ou de Justiça relativos a uma situação alocativa qualquer, como já visto.

Primeiramente o conceito efetivamente possibilita ganhos de eficiência, mas ao não estabelecer uma compensação necessária – apenas potencial – aparta-se de concepções bastante intuitivas de Justiça e moralidade, como a crítica realizada, entre outros, por Amartya Sen.

Além disso, como já frisado anteriormente, para uma mudança em uma situação alocativa ser considerada eficiente segundo o critério criado por Nicholas Kaldor e John Hicks basta que os ganhos dos vencedores superem as perdas dos perdedores, pouco importando a situação prévia de uns e de outros.

Assim, como também já observado, mesmo que perca quem tem menos em favor de quem tem mais, a redistribuição pode ser considerada eficiente desde que os ganhos dos primeiros excedam as perdas dos últimos, o que igualmente parece dificilmente conciliável com noções bastante intuitivas de Justiça e de moralidade.

Observe-se ainda que, em certo sentido, Kaldor-Hicks é um princípio ainda menos ético – ou mais insensível à Ética – do que o próprio conceito paretiano, pois renuncia à exigência do consentimento – expressa pela unanimidade subjacente a Pareto – em nome dos ganhos de eficiência decorrentes de uma mudança na situação alocativa em referência, pouco importando quem ganhe e quem perca.

Feitas estas digressões preliminares que já demonstram a complexidade do problema que se investiga, convém aprofundar a análise relativa à relação entre eficiência e justiça corretiva e, após, entre eficiência e justiça distributiva ou equidade, para em seguida problematizar aspectos prementes da análise do Direito a partir da Economia.

¹⁹⁰⁷ SÁNDEZ, S. B. *ibid.* Uma tentativa referida por Salvador Barberá Sández é a definição mínima de equidade como ausência de inveja. SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

Embora se aborde em um primeiro momento a relação entre eficiência e justiça corretiva – item 4.3.3.1 a seguir – a ênfase recairá na análise mais complexa e polêmica das relações entre eficiência e justiça distributiva, assim como de eficiência de equidade em sentido econômico – o que se fará no item 4.3.3.2. Outras noções de justiça, como a de justiça retributiva, eventualmente surgirão, mas serão tratadas apenas de passagem.

A ênfase na temática da justiça distributiva se deve ainda ao ponto de vista sustentado no presente estudo, no sentido de que a análise da forma como se dá a distribuição dos recursos em uma situação alocativa é elemento essencial para a formulação de um juízo sobre a sua justiça ou injustiça.

Além disso, uma das principais limitações dos conceitos de eficiência econômica radicam especificamente em aspectos distributivos, como já resta patente, o que torna o problema particularmente premente.

Ademais, como demonstra Amartya Sen, há uma relação íntima entre rendas, recursos e liberdades, e a pobreza pode ser concebida como privação de capacidades.¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁸ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade** *cit.* p. 92 e ss. e p. 109 e ss.

4.3.3.1 Eficiência e Justiça corretiva

Em geral considera-se Justiça corretiva aquela relativa ao restabelecimento do equilíbrio rompido entre particulares, seja por relações voluntárias ou involuntárias e baseada na igualdade aritmética.¹⁹⁰⁹

Com a expressão pretende-se designar, em geral, a Justiça referente à reparação por um dano injustamente sofrido, razão pela qual por vezes é sinonimizada com a noção de justiça reparadora.

A análise da relação entre Justiça corretiva e eficiência pode auxiliar em demonstrar o afastamento entre tais noções, embora a análise central seja a desenvolvida na seção subsequente, dedicada ao tema mais problemático da relação entre eficiência e Justiça distributiva.¹⁹¹⁰

Inicialmente pondere-se que do ponto de vista da eficiência, uma ação deve ser empreendida se seus retornos superarem seus custos. Desse modo, adotando-se tal noção como Ética a nortear o comportamento humano, este passa a depender de um cálculo de custo-benefício em que, se a violação de uma norma jurídica – através de um ato que cause um dano a outrem, p. ex. – induzir a um lucro superior ao dano produzido ou à eventual indenização a ser paga, a norma deve ser violada, pois tal violação é eficiente e o pagamento da indenização é inferior ao proveito econômico extraído da ação empreendida.

Esse raciocínio basilar já demonstra as limitações de uma concepção de Justiça calcada no conceito de eficiência econômica, mesmo na versão mais modesta da concepção de justiça como mera correção ou reparação de um dano injustamente infligido a alguém.

¹⁹⁰⁹ Assim, aquele que causa um dano a alguém no montante de 100 unidades monetárias, p. ex., deve, pelo critério de justiça corretiva, reparar o dano com uma indenização equivalente a 100 unidades monetárias. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco cit.*, Livro V, item 4, p. 110.

¹⁹¹⁰ Com efeito, os conceitos de eficiência aceites dizendo respeito apenas à alocação, e não à distribuição, fica patente a dissociação e a frequente tensão entre a ideia de Justiça distributiva – ou redistributiva – e eficiência. No entanto mesmo no que diz respeito à Justiça corretiva a relação entre justiça e eficiência não é necessariamente harmoniosa, como se verá.

Assim, para ilustrar os problemas que acometem a relação entre Justiça corretiva e eficiência, utilizar-se-ão os resultados obtidos no campo de estudo mais célebre relativo àquela no campo da Análise Econômica do Direito: o *tort law*.¹⁹¹¹

Inicialmente deve-se observar que a célebre fórmula do Juiz norteamericano Learned Hand (1872-1961) é concebida como um dos exemplos de aplicação mais explícita da Análise Econômica do Direito pela jurisprudência.

Ela traduz essencialmente a ideia no sentido de que o padrão de diligência para evitar a ocorrência de um acidente decorreria dos seguintes elementos: a) probabilidade da ocorrência; b) gravidade do dano e c) o custo de tomar as precauções para evitar o acidente.¹⁹¹²

Segundo a fórmula de Hand, se o custo da precaução for superior à gravidade do dano (magnitude) multiplicada pela probabilidade de sua ocorrência não há responsabilidade; ao passo que, se o custo da precaução for inferior à magnitude do dano multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência, há responsabilidade de indenizar.¹⁹¹³

Ora, a própria formulação de uma norma básica de responsabilidade civil que é apontada pelos próprios cultores da Análise Econômica como passível de ilustrar um raciocínio econômico subjacente às decisões judiciais demonstra a diferença entre a concepção corrente de justiça corretiva e os padrões eficientistas de aplicação do Direito.

Com efeito, a aplicação da fórmula da Hand significa que caso fosse mais custosa a precaução do que a magnitude dos danos multiplicados pela probabilidade de sua ocorrência, não teria havido quebra do dever de diligência, o que à toda

¹⁹¹¹ O *tort law* pode ser compreendido como o ramo do direito privado correspondente ao direito da responsabilidade civil no sistema do *Common Law*. Veja-se COOTER, R.; ULEN, T. *op. cit.* p. 320.

¹⁹¹² *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 172 (2d Cir. 1947). A fórmula foi repetida em *Dobson v. Louisiana Power & Light Co.*, 567 So. 2d 569, 574-575 (La. 1990), *Brotherhood Shipping Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 985 F.2d 323, 327-329 (7th Cir. 1993); *Bammerlin v. Navistar Intl. Transport. Corp.*, 30 F.3d 898, 902 (7th Cir. 1994). POSNER, **Economic Analysis** *cit.* p. 180.

¹⁹¹³ COOTER, ULEN, *op. cit.* p. 345.

evidência revela-se dificilmente compatível com a concepção elementar de justiça corretiva.

Discorrendo sobre as relações entre justiça, equidade e a análise econômica do *tort law*, Mark Geistfield evidencia que a mesma historicamente se limitou a estudar como reduzir os custos dos acidentes, tendo seus resultados sido bastante controversos.¹⁹¹⁴ Como observa o autor “é bastante controverso se o *tort law* deva buscar reduzir os custos dos acidentes indiferente a considerações de equidade (*fairness*)”.¹⁹¹⁵

Autores como Louis Kaplow e Steven Shavell demonstram os problemas envolvendo a eficiência econômica em sentido Paretiano e no sentido de melhorias potenciais em Pareto e a equidade, propondo a rejeição de um sistema de responsabilidade civil que busque ser justo por um que vise à maximização da riqueza, observa Geistfield.¹⁹¹⁶ Pondera o autor não ser surpreendente que

a proposta de no sentido de que o *tort law* não deveria ser nada mais do que um exercício de minimização de custos tenha provocado uma resposta igualmente extrema por parte dos críticos. A mais fote das críticas veio da parte daqueles que sustentam que a responsabilidade civil é melhor justificada pelo princípio da justiça corretiva. Este princípio baseia-se em um direito individual que impõe uma obrigação ou dever a outro indivíduo. Um

¹⁹¹⁴ GEISTFIELD, M. A. Efficiency, Fairness, and the Economic Analysis of Tort Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper** n. 09-26, New York University School of Law, abr. 2009, p. 2.

¹⁹¹⁵ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹¹⁶ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 3. O autor evidencia que “Louis Kaplow e Steven Shavell demonstraram que uma regra de responsabilidade civil “justa” (*fair*) pode violar o princípio de Pareto. Para os propósitos de demonstração, uma regra de responsabilidade civil “justa” atribui peso avaliativo para algum fator que não depende exclusivamente do bem-estar individual, como as regras de responsabilidade baseadas em direitos que priorizam a segurança por razões de autonomia individual. Uma vez que o princípio de justiça não se baseia unicamente em considerações relativas ao bem-estar, a demonstração presume que a pretensão de justiça é continuamente obtida à custa de alguns componentes do bem-estar. Devido a este *tradeoff*, haverá situações nas quais a escolha de uma regra “justa” será feita à custa de alguns ganhos positivos de bem-estar criados por uma regra de maximização de bem-estar “injusta” (*unfair*). Se os excedentes produzidos pela regra maximizadora de bem-estar pudessem ser redistribuídas sem custo para todos os membros da sociedade, toda pessoa se beneficiaria da adoção daquela regra. Esta melhoria paretiana, de todo modo, seria barrada pelo princípio que exige a regra de responsabilidade civil “justa”. A regra “justa” pode deixar todos em situação pior, o que leva Kaplow e Shavell a concluir que as *tort rules* devem apenas maximizar o bem-estar social— um objetivo que normalmente envolve a minimização dos custos dos acidentes.” GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 13. O resultado é problematizado pelo autor a partir de reflexões de Howard Chang. GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 13-14.

titular de tal dever que viole o direito correlato comete um ilícito, criando uma obrigação de reparar ou corrigir quaisquer perdas indevidas sofridas pelo titular do direito. Este princípio de justiça baseado em direito “exclui a análise econômica do [*tort*] *law*”.¹⁹¹⁷

Ou seja, do ponto de vista desta crítica, a análise econômica deve ser afastada por basear-se o direito da responsabilidade civil em princípios de justiça corretiva indiferentes à eficiência alocativa¹⁹¹⁸, bem como em noções como direitos e deveres.

O autor observa ainda que alguns consideram este um falso problema, na medida em que a preocupação da análise econômica concerne ao efeito dissuasivo para prevenir acidentes futuros, pouco auxiliando quanto aos acidentes já ocorridos.¹⁹¹⁹

Abordando a temática da relação entre eficiência e equidade (*fairness*) a partir do *tort law* e da vocação deste para mediar interesses conflitantes, Geistfield reconhece que “um sistema de responsabilidade civil eficiente faz a mediação de tais interesses em um modo essencialmente diverso do que o sistema de responsabilidade civil baseado em direitos.”¹⁹²⁰

Ele exemplifica a partir de normas reguladoras da responsabilidade civil relativa a acidentes de trânsito envolvendo motoristas e pedestres. Observa que a utilização do meio de transporte possibilita ao motorista a persecução de seus interesses, inclusive econômicos, embora exponha a integridade física dos pedestres a riscos.¹⁹²¹

¹⁹¹⁷ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 4. O autor refere-se à crítica de Ernest Weinrib.

¹⁹¹⁸ GEISTFIELD, M. A. *ibid.* Ressalve-se que Geistfield não concorda com o posicionamento, sustentando que a eficiência não precisa ser a regra do *tort law* para tornar a análise econômica relevante. Geistfield considera tanto a ideia de que a análise econômica é incompatível quanto a de que é irrelevante equivocadas, buscando demonstrar o fundamento de seu ponto de vista. GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 5.

¹⁹¹⁹ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹²⁰ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 6.

¹⁹²¹ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

Observa, ainda, que o pedestre também persegue seus objetivos, inclusive econômicos, caminhando, e que no caso de ocorrer um acidente os danos que experimenta não são apenas físicos, mas também emocionais e econômicos.¹⁹²²

Segundo o autor,

Se o motorista fosse obrigado a compensar todos esses prejuízos, as perdas monetárias dele poderiam ser prejudiciais a seus interesses econômicos. Quaisquer obrigações de precaução que o direito da responsabilidade civil imponha ao motorista, como dirigir lentamente, são prejudiciais aos seus outros interesses. De modo semelhante, quaisquer obrigações de precaução que o direito da responsabilidade civil imponha ao pedestre (não violar as regras de trânsito, p. ex.) restringe sua liberdade. O modo em que o direito da responsabilidade civil regula a interação arriscada irá onerar ou ameaçar os interesses de pelo menos uma das partes: sejam os interesses dos pedestres em termos de liberdade e segurança física; os interesses de liberdade do motorista, incluídos os interesses econômicos; ou os interesses de ambos. A mediação apropriada desses interesses conflitantes é a questão fundamental da política ou justiça que deve ser visada pelo direito da responsabilidade civil.¹⁹²³

Note-se que tal concepção pode se revelar de convivência extremamente problemática com a noção mais basilar de justiça corretiva, posto que aquela presumia uma igualdade aritmética entre dano e indenização, e o consequencialismo da perspectiva economicista acaba por induzir a um entendimento no sentido de que isso seria indesejável, por ser reputado economicamente ineficiente.

A distinção entre a visão baseada na eficiência e a visão baseada em direitos é evidenciada por Geistfield ao ponderar que a análise econômica do *tort law* considera que, dependendo a minimização dos custos dos acidentes da probabilidade do dano, de seu custo, dos custos das precauções e das despesas administrativas, um interesse como o da proteção da integridade física dos

¹⁹²² GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 7.

¹⁹²³ GEISTFIELD, M. A. *ibid.* O autor pondera que em geral o *tort law* prioriza a segurança em detrimento da liberdade, mas que se trata de uma prioridade relativa e não absoluta, o que poderia conviver, em seu ponto de vista, tanto com uma regra de responsabilidade civil baseada em direitos quanto com uma regra de responsabilidade civil baseada na eficiência. GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 7-9.

pedestres deve ser priorizado “se isso fizer diminuir o custo social dos acidentes.”¹⁹²⁴

Observa o autor que

as teorias do *tort law* baseadas em direitos, incluídas aquelas escoradas no princípio da justiça corretiva, protegem moralmente os interesses individuais fundamentais para que não sejam priorizados apenas com fundamentos de conveniência social, como a busca de bem-estar social através da minimização dos custos dos acidentes. Para que os indivíduos tenham um direito à segurança física, o interesse na segurança deverá ter prioridade sobre a liberdade e sobre os interesses econômicos concorrentes de qualquer outra pessoa. A segurança física do titular do direito não pode ser comprometida simplesmente porque fazendo isso iria-se proporcionar maior riqueza ou bem-estar aos demais.¹⁹²⁵

Quanto à questão de qual a solução deveria ser adotada pelo *tort law*, Geistfield reconhece que apenas um julgamento normativo pode indicar a solução.¹⁹²⁶

Geistfield observa que um sistema de *tort law* baseado em direitos protege a integridade física rechaçando que o compromisso com o bem-estar social seja o único fundamento de tal proteção. Observa que “nesse importante sentido, o direito individual limita o bem-estar social e pode levar a adoção de regras de responsabilidade alocativamente ineficiente.”¹⁹²⁷

O autor evidencia outras possibilidades de conflito entre um sistema de responsabilidade civil calcado na ideia de justiça corretiva e a eficiência paretiana:

¹⁹²⁴ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 10.

¹⁹²⁵ GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 10-11. De acordo com este ponto de vista, como observa o autor, “o interesse na segurança possui tal atributo moral por razões de autonomia pessoal ou autodeterminação.” GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 11. Como observa Richard W. Wright, citado por Geistfield, “todos os principais teóricos da justiça até agora reconheceram [que] o teste agregado de utilidade-risco [que dá igual peso aos interesses pela segurança e pela liberdade] não pode ser reconciliado com princípios de justiça.” GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹²⁶ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹²⁷ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 18. Ressalve-se que para o autor nem toda regra de *tort law* baseada em direitos é incompatível com o princípio de Pareto, como busca demonstrar com recurso à introdução de uma compensação pelo risco. Veja-se GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 18-25.

Embora um direito de compensação da responsabilidade civil possa não violar o princípio de Pareto sob as condições pressupostas na demonstração de Kaplow e Shavell, tal direito pode conflitar com o princípio de Pareto. Imagine um caso no qual a norma de responsabilidade civil baseada em direitos possa ser substituída por uma norma de responsabilidade civil redutora de custos de modo a aumentar o bem-estar de todos. Mesmo imaginando-se que a mudança possa ser implementada com o consentimento de cada titular do direito, suponha que o governo pretenda impor a mudança unilateralmente. A implementação da mudança política dessa maneira poderia desrespeitar a autonomia individual e poderia ser vetada pelo princípio de justice (*fairness*) embora alguém possa precisar de uma teoria da ação governamental mais detalhada para chegar a esta conclusão.¹⁹²⁸

Louis Kaplow e Steven Shavell, no estudo referido por Geistfield, sustentam uma visão segundo a qual a inserção de qualquer noção de justiça ou equidade¹⁹²⁹ em um sistema de responsabilidade civil pode conduzir a um conflito com o princípio paretiano, reduzindo o bem-estar de todas as pessoas na sociedade.¹⁹³⁰

Os autores reconhecem, no entanto, que legisladores e acadêmicos não costumam fundamentar suas decisões ou posições apenas em questões atinentes ao bem-estar – ou eficiência –, baseando-se frequentemente em noções de justiça ou equidade.¹⁹³¹ Assim, normas penais não raro encontrar-se-iam imbuídas de noções de justiça retributiva, assim como normas de responsabilidade civil de noções de justiça corretiva.¹⁹³²

¹⁹²⁸ GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 25-26. O autor aponta, de todo modo, uma relação entre o princípio de Pareto e o exercício da autonomia individual, em virtude da exigência de consenso unânime sobre a qual se baseia, chamando a atenção para o fato de que ele pode ser utilizado como argumento em favor de um sistema de responsabilidade civil baseado em direitos. GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 30. O mesmo não se pode dizer caso o conceito de eficiência adotado seja o de Kaldor-Hicks, como no caso da doutrina da *wealth maximization* sustentada por Posner e seus seguidores.

¹⁹²⁹ Os autores utilizam a expressão em língua inglesa *fairness* no original.

¹⁹³⁰ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle. **American Law and Economics Review**, vol. 1, n. 1/2, 1999, p. 63: “Nosso objeto geral diz respeito à análise normativa da política social, que no caso do Direito envolve a escolha de normas jurídicas. Sob a análise econômica normativa, regras jurídicas são avaliadas exclusivamente com vistas aos seus efeitos sobre o bem-estar dos indivíduos, não devendo jamais ser violado o princípio de Pareto: se uma norma jurídica fosse deixar todos em situação pior do que outra nunca deveria ser escolhida.”

¹⁹³¹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 64.

¹⁹³² KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

Para os autores o caráter antitético entre eficiência e qualquer noção de justiça seria mais agudo do que normalmente se concebe, podendo a atribuição de qualquer grau de importância a tal noção implicar a redução do bem-estar de todos na sociedade.¹⁹³³

Após definir a noção de eficiência em Pareto, Kaplow e Shavell evidenciam o que entendem por justiça ou *fairness*: “com concepções de justiça expressamos princípios que são utilizados na avaliação de normas jurídicas e que se baseiam, pelo menos em parte, em fatores não relacionados com o bem-estar dos indivíduos”¹⁹³⁴, isto é, com sua utilidade.

Uma das consequências da definição de Justiça assim dada é que o conhecimento acerca dos efeitos de uma norma sobre o bem-estar de cada indivíduo não é suficiente para o julgamento acerca da justiça daquela situação, esclarecem os autores.¹⁹³⁵ Um exemplo é exatamente o conceito de justiça corretiva, sobre o qual assim se pronunciam Kaplow e Shavell:

(...) sob a clássica concepção de justiça corretiva, é intrinsecamente importante que um indivíduo que causa dano indevidamente a outro seja obrigado a indenizá-lo. Ou seja, a exigência de indenização é tratada como algo importante, independente de quaisquer efeitos que possa ter sobre o bem-estar dos indivíduos, notadamente de que a possibilidade de ter que pagar uma indenização pode desestimular comportamentos indevidos e que a possibilidade de indenização possa servir como um seguro implícito para vítimas adversas ao risco.¹⁹³⁶

¹⁹³³ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

¹⁹³⁴ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 65. Evidenciam os autores que sua definição de concepções de justiça compreende aquelas baseadas em fatores que são importantes para os indivíduos mas que são valorizados de maneira diferente daquela em que eles próprios valorizariam.

¹⁹³⁵ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.* Os autores evidenciam que as diversas noções de justiça podem ser representadas formalmente. Por exemplo, uma situação baseada exclusivamente no bem-estar ou utilidade individual pode ser designada pela função $W(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$, na qual W corresponde ao bem-estar social e U a utilidade de cada indivíduo de 1 a n . Evidenciam que diante de tal função, baseada no bem-estar ou utilidade individual, se $W(x_1) > W(x_2)$, a situação descrita por $W(x_1)$ é preferível à situação descrita por $W(x_2)$. Qualquer noção de justiça que seja baseada em elementos diversos da utilidade não pode assim ser descrita. Os autores exemplificam com $Z(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x), x)$, anotando que “aqui Z não dependerá apenas da utilidade de cada indivíduo, mas também diretamente de x , que compreende todas as características da situação que prevaleceria sob determinado regime jurídico.” KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* pp. 65-66.

¹⁹³⁶ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 66. Outros exemplos são trazidos pelos autores: “Da mesma forma, do ponto de vista segundo o qual cumprir as promessas é algo valioso em si mesmo, as

Os autores insistem que a defesa de noções de justiça que não sejam baseadas na utilidade individual implica o favorecimento de políticas que reduziriam sistematicamente o bem-estar individual, embora reconheçam que algumas noções de justiça possam aumentar o bem-estar individual.¹⁹³⁷

Para demonstrar o conflito entre Justiça corretiva e eficiência, Kaplow e Shavell pressupõem uma situação em que os indivíduos encontram-se simetricamente situados antes do conflito eclodir, i.e., supõem que os indivíduos possuem a mesma renda e as mesmas preferências, encontrando-se expostos aos mesmos riscos e possuindo as mesmas oportunidades.¹⁹³⁸

Os autores supõem, ainda, que neste contexto *ex ante* todos seriam a favor das mesmas regras, posto estarem na mesma condição.¹⁹³⁹ Eles consideram, no entanto, que qualquer que seja a noção de justiça esposada que não se baseie exclusivamente no bem-estar individual, as pessoas tenderiam a escolher regras jurídicas diferentes, mesmo que estas colocassem todos em uma situação pior.¹⁹⁴⁰

Abordando especificamente o conflito entre a noção de Justiça corretiva e o conceito paretiano de eficiência, e utilizando-se do exemplo da responsabilidade civil por acidentes de trânsito, Louis Kaplow e Steven Shavell sustentam que ao se eleger o sistema de responsabilidade por culpa em lugar do sistema de

regras contratuais devem por vezes impedir o descumprimento do contrato mesmo quando se fosse diferente ela aumentaria o bem-estar dos indivíduos. Ou, sob o princípio da justiça retributiva, dar importância ao objetivo de que a punição seja proporcional à gravidade dos ilícitos, independentemente do efeito de tal punição sobre o nível da criminalidade ou sobre os custos de sua imposição.” *Ibid.*

¹⁹³⁷ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 67.

¹⁹³⁸ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 68. Não é preciso chamar a atenção para o elevadíssimo grau de contrafaticidade das pressuposições.

¹⁹³⁹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

¹⁹⁴⁰ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* pp. 68-69. Nas palavras dos autores: “Considere qualquer noção de justiça e observe que (...) ela irá, em alguns casos, conduzir à seleção de normas diversas daquelas que seriam escolhidas caso se estivesse levando em consideração exclusivamente o bem-estar individual. Mas nos casos que examinamos, escolher normas orientadas exclusivamente pelo bem-estar do indivíduo significa escolher a norma que deixa todos os indivíduos em uma situação melhor. Portanto, qualquer que seja a noção de justiça, como às vezes deverá ocorrer, conduzirá à escolha de uma norma diferente, todos os indivíduos ficarão em situação pior. Ou seja, a noção de justiça conflitará com o princípio paretiano em algumas situações.” KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

responsabilidade objetiva, se o primeiro fosse considerado mais justo, seria preferido ao segundo, ainda que deixasse todos em situação pior.¹⁹⁴¹

Os autores sustentam ainda que mesmo que se demonstrasse que o sistema de responsabilidade por culpa deixa todos em situação melhor, seus elevados custos administrativos poderiam deixar todos em situação pior.¹⁹⁴² Os autores norte-americanos associam ainda a eficiência a outras concepções de Justiça, como a Justiça retributiva, sustentando que:

Considere o problema de jogar lixo na rua e suponha que, sob uma noção de justiça retributiva, a punição de tal conduta consista em uma multa de \$50. Suponha ainda que se a multa fosse elevada para \$75 seria possível reduzir o número de policiais necessário para fiscalizar mantendo o mesmo nível de dissuasão (os transgressores seriam pegos menos frequentemente, mas isso seria compensado pelo fato de terem que pagar mais quando pegos). Imagine que o uso dos recursos arrecadados com a multa de \$75 em uma melhoria líquida no bem-estar de todos, porque os tributos pagos por todos foram reduzidos em virtude da redução da necessidade de policiamento e que estes benefícios podem superar quaisquer custos que possam surgir sob um regime com multas maiores. Então sob o regime justo de punição de \$50, todos podem esperar encontrar-se em uma situação pior do que sob o regime de punição mais elevado de \$75.¹⁹⁴³

O caráter antitético entre a noção de eficiência e as noções de Justiça resta bastante evidenciado aqui também, sendo possível imaginar-se as consequências da aplicação de uma racionalidade semelhante ao processo, por exemplo, sobre noções como a de devido processo legal, contraditório, ampla defesa, exclusão de provas ilícitas, e em outros campos.¹⁹⁴⁴

¹⁹⁴¹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 70. “Imagine-se que o sistema de responsabilidade por culpa seja considerado mais justo do que o de responsabilidade objetiva porque a justiça corretiva exige que a responsabilidade seja limitada aos infratores, compreendidos como os indivíduos que agiram com culpa.” *Ibid.*

¹⁹⁴² KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

¹⁹⁴³ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 71.

¹⁹⁴⁴ Veja-se exemplificativamente uma análise econômica do acesso à justiça: “Aqui se examinam situações nas quais os indivíduos tanto podem ser autores quanto réus, e consideramos a noção de justiça segundo a qual qualquer autor com um pleito válido tem direito de ação. Ao que parece, em alguns cenários todos estariam em melhor situação se este direito não fosse mantido. Por um lado, alguns indivíduos se beneficiariam sob um regime que mantém o direito em virtude da possibilidade de ser processado ser capaz de criar efeitos dissuasivos, provendo um seguro implícito para vítimas adversas ao risco. Por outro lado, indivíduos incorrem em

Com base na conclusão geral de que em certas situações qualquer noção de justiça poderia vir a entrar em conflito com a eficiência paretiana, e com base na noção de consistência lógica, Kaplow e Shavell sustentam que “se alguém é adepto do princípio de Pareto, não pode dar qualquer peso na análise normativa às noções de justiça.” Aduzem, ainda, que “se uma teoria, em algum setor de seu campo de aplicação, contradiz um princípio subscrito por alguém, a teoria deve portanto ser rejeitada.”¹⁹⁴⁵

Os autores frisam que, em geral, os defensores de muitas noções de justiça baseiam-se em noções de auxílio ou proteção aos indivíduos, mas sustentam que a demonstração do conflito entre tais noções e a eficiência paretiana revela o prejuízo dos interesses de pessoas igualmente merecedoras de proteção ou auxílio.¹⁹⁴⁶

Das teorizações de autores como Kaplow e Shavell no que diz respeito à análise econômica da responsabilidade civil é possível extrair com bastante nitidez a incompatibilidade entre as noções de Justiça corretiva – e outras – e a eficiência econômica no sentido de Pareto.

Reconheça-se, ainda, a possibilidade de uma relação entre o *tort law* e a Justiça distributiva – e não apenas corretiva, embora esta constitua objeto de análise mais detida no próximo item.

Com efeito, Geistfield evidencia ser possível considerar um sistema de *tort law* baseado em direitos, como aquele baseado na justiça corretiva, como um mecanismo de transferência de recursos entre o titular do direito e o titular do dever.¹⁹⁴⁷

Observa o autor que sob o “critério eficiência-equidade” (*efficiency-equity criterion*) um mecanismo de transferência pode ser considerado economicamente eficiente se for o método menos custoso para o atendimento de uma necessidade

custos, notadamente despesas com litigância. Quando tais custos são suficientemente elevados, podem superar os benefícios do processo, caso no qual todos estariam em melhor situação se o direito de ação não fosse mantido.” KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

¹⁹⁴⁵ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 72.

¹⁹⁴⁶ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 73.

¹⁹⁴⁷ GEISTFIELD, M. A. *op. cit.* p. 30.

distributiva, minimizando as perdas de eficiência originadas por um objetivo de distributivo ou equitativo dado.¹⁹⁴⁸

Geistfield afirma que para verificar se um mecanismo de transferência (no caso, o *tort law*) atende ao referido *efficiency-equity criterion*, faz-se necessário especificar qual o nível desejável de distribuição ou equidade.¹⁹⁴⁹ Ou seja, faz-se necessário estabelecer qual é o princípio de justiça distributiva que estabelece a distribuição social adequada de riqueza e bem-estar.¹⁹⁵⁰

Vários princípios são possíveis, abordando o autor exemplificativamente inicialmente o princípio “a cada um uma parte igual”. Segundo o autor, para sua implementação o sistema nele baseado exigiria que o sistema tributário aferisse a riqueza de cada indivíduo na sociedade e, através de impostos individualizados e redistribuição, equalizasse a riqueza naquela sociedade.¹⁹⁵¹

Complementar a tal sistema, sustenta Geistfield, seria necessário um sistema de *tort law* que reduzisse o custo dos acidentes, incrementando a riqueza social a ser distribuída.¹⁹⁵²

Segundo o autor, um sistema como esse atenderia ao critério eficiência-equidade, por atingir o desiderato de realizar a redistribuição por um meio menos custoso do que o sistema de responsabilidade civil baseado em direitos.¹⁹⁵³

Na avaliação do autor, “para este tipo de princípio distributivo, o critério eficiência-equidade favorece regras de responsabilidade civil voltadas à redução dos

¹⁹⁴⁸ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 31.

¹⁹⁴⁹ GEISTFIELD, M. A. *ibid.* Posteriormente o tema voltará à baila ao discutir a equidade no item dedicado à justiça distributiva.

¹⁹⁵⁰ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹⁵¹ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹⁵² GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹⁵³ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

custos em comparação às regras de responsabilidade civil baseadas em direitos.”¹⁹⁵⁴

Observa o autor que outros princípios de justiça distributiva baseiam-se na fonte da desigualdade, justificando assim diferenças de resultado que não dependem exclusivamente de diferenças de riqueza ou bem-estar.¹⁹⁵⁵

Para tais visões, uma vez que todos tiveram o mesmo apenas no ponto de partida, e que todos são livres para perseguir seus objetivos na vida, as condutas levam a diferentes níveis de riqueza e de bem-estar, sendo que apenas determinados tipos de desigualdade reclamariam correção.¹⁹⁵⁶

Trata-se de um enfoque que prioriza a igualdade de tratamento e que visa combater principalmente desigualdades socialmente geradas do que desigualdades em geral, legitimando algumas diferenças com base na ideia de que as pessoas devem se responsabilizar por suas próprias escolhas.¹⁹⁵⁷

De acordo com Geistfield, quando operam sob tais princípios distributivos as *tort rules* redutoras de custos não mais satisfazem o referido *efficiency-equity criterion*. Segundo o autor, “as *tort rules* baseadas em direitos atingem o resultado distributivo geral desejado a um custo menor, satisfazendo assim este critério da Economia do bem-estar.”¹⁹⁵⁸

Utilizando de um exemplo em que alguém é prejudicado pela culpa de outrem em um sistema de distribuição desigual de riqueza considerado justo por ser baseado em escolhas, e não em dotações, Geistfiel busca demonstrar que um *tort*

¹⁹⁵⁴ GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 31-32. Observa o autor que “as regras baseadas em direitos ostentam tal propriedade apenas porque o princípio de justiça distributiva adotado não é compatível com o direito individual à integridade física. Quando o princípio de justiça distributiva depende unicamente do montante total de riqueza ou bem-estar individual, tal como ‘partes iguais para cada um’, tudo o que importa é o fato da desigualdade. A origem ou a razão da desigualdade é irrelevante. Todos possuem direito à mesma distribuição, independentemente de seu comportamento ou de qualquer outra razão para a desigualdade. A distribuição não é afetada por desigualdades geradas por violações de direitos, eliminando qualquer razão para arcar com as ineficiências alocativas criadas por um sistema de responsabilidade civil baseado em direitos.”

¹⁹⁵⁵ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 32.

¹⁹⁵⁶ GEISTFIELD, M. A. *ibid.*

¹⁹⁵⁷ GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 32-33.

¹⁹⁵⁸ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 33.

law necessário ao restabelecimento de uma situação justa *ex post facto* – excluindo-se a possibilidade de arranjos contratuais, como a celebração de um contrato de seguro – que possibilite uma transferência do titular do dever para o titular do direito equivalente aos danos causados.¹⁹⁵⁹

Observa o autor que nesse contexto, “uma *tort rule* baseada em direitos define a regra apropriada de transferência”, e que as considerações feitas relativamente à regra de responsabilidade civil adequada sob um princípio de justiça distributiva do tipo “a cada um uma parte igual” deixam de fazer sentido.¹⁹⁶⁰

Por fim resta observar que embora reflexões como as realizadas por Kaplow, Shavell e Geistfield baseiem-se no conceito de Pareto, também o conceito de Kaldor-Hicks, não se concilia com conceitos de Justiça bastante intuitivos e difundidos, como já evidenciado, o que auxilia na tarefa de demonstrar a parca plausibilidade de uma Teoria da Justiça efficientista que possa ser levada a sério em vista das noções mais elementares de justo que se conhece. Resta examinar as tensões sérias entre a noção de eficiência econômica e a controversa ideia de justiça distributiva.

4.3.3.2 Eficiência e justiça distributiva

A tensão entre eficiência de Justiça distributiva – ou equidade – é central para a compreensão das complexas relações entre eficiência e Justiça, revelando-se

¹⁹⁵⁹ GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 33-35.

¹⁹⁶⁰ GEISTFIELD, M. A. *id.* pp. 36-37. Ou seja, fica afastada a ideia de um *tort law* orientado para a redução dos custos dos acidentes, pois “para reduzir os custos totais para o atingimento do resultado distributivo desejado, o sistema de responsabilidade civil pode diretamente implementar a regra de transferência apropriada baseada na violação do direito de Brad por Peter. *Rights based tort rules* satisfazem o *efficiency-equity criterion* mesmo quando operam sob um amplo sistema de justiça distributiva que se funda na fonte da riqueza ou do bem-estar de alguém – o tipo de sistema que presumivelmente é bastante atrativo para os economistas.” GEISTFIELD, M. A. *id.* p. 37.

oportuna a sua exploração¹⁹⁶¹, pois como visto “(...) muitos economistas sustentam existir uma relação inversa – *trade off* – entre princípios de equidade e de eficiência”, presumindo que “na medida em que cuidemos para que a distribuição seja equitativa nos afastamos da eficiência”, produzindo-se uma queda no nível da riqueza social.¹⁹⁶²

Não é incomum que sob tal pressuposto se passe à defesa de que a eficiência deve se sobrepor a qualquer exigência de equidade, ou melhor, distribuição dos recursos, como visto de passagem no tópico anterior dedicado à tensão entre justiça corretiva e eficiência.

Convém abordar as contribuições com relação ao tema feitas por Salvador Barberá Sáñez ao explorar o tema das limitações do critério paretiano no que diz respeito à Justiça distributiva.¹⁹⁶³

Como observa aquele autor, assim como a eficiência, a equidade¹⁹⁶⁴ pode constituir um critério de avaliação de estados econômicos, relacionado com considerações acerca de justiça distributiva de uma situação alocativa qualquer, incompatíveis com o critério de Pareto.¹⁹⁶⁵

¹⁹⁶¹ Aqui se adota uma concepção diferente da aristotélica pois, como é sabido, esta gira em torno da noção das relações no âmbito da *polis* e de uma igualdade proporcional ou geométrica, em conformidade com o mérito. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco cit.*, Livro V, item 3, pp. 108-110. Justiça distributiva significará no presente estudo precipuamente a pretensão de uma distribuição de recursos na sociedade que atenda a requisitos mínimos de equidade, seguindo-se em parte a tradição recente inspirada no pensamento econômico no sentido de definir equidade de maneira negativa, i.e., como ausência de inveja. SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 218.

¹⁹⁶² CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 314. Complementando o autor: “Como tese generalizada, o fato de que exista uma relação inversa entre equidade e eficiência não quer dizer que toda a teoria econômica esteja a favor do princípio da eficiência nem que seja sempre desejável essa solução.” CALSAMIGLIA, A. *ibid.*

¹⁹⁶³ SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 214.

¹⁹⁶⁴ Sinonimizar-se-á, aqui, por simplificação, equidade e justiça distributiva. Como explicita A. Mitchel Polinsky, “o termo *eficiência* faz alusão à relação entre os benefícios totais de uma situação e os custos totais da mesma; o termo *equidade* faz alusão à distribuição de renda entre os indivíduos.” POLINSKY, A. M. *op. cit.* p. 19.

¹⁹⁶⁵ SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 214.

Inicialmente o autor reconhece as limitações éticas do referido conceito de eficiência¹⁹⁶⁶ na medida em que se revela apto a definir como ótimas situações alocativas hipotéticas entre dois agentes em que um indivíduo fica com tudo e outro fica com nada.¹⁹⁶⁷

Isso não significa um juízo de desvalor relativamente ao critério de Pareto – que, reconheça-se, não se propõe a julgar uma situação quanto à sua Justiça ou equidade –, mas apenas evidenciar suas limitações quanto a tal dimensão de uma situação alocativa.¹⁹⁶⁸

Esta compreensão evidencia a ilegitimidade de se pretender fazer com que o conceito extrapole seu âmbito de aplicação, servindo para julgamentos morais sobre uma situação alocativa qualquer.

Abordando a desvantagem dos conceitos de justiça ou equidade¹⁹⁶⁹ não possuem uma conceituação mínima e uma formalização, diferentemente do

¹⁹⁶⁶ No mesmo sentido, confira-se o pensamento de Calsamiglia, ao ponderar que a eficiência paretiana “é muito pouco sensível aos problemas de justiça distributiva. Uma sociedade ideal que atribuiu todos os recursos a X e nenhum a Y é tão ótima no sentido de Pareto quanto outra sociedade na qual a cada um deles se atribuisse 50 por cento. Uma sociedade na qual se atribuisse 30 por cento a cada um deles e retirasse o resto não cumpriria as condições do ótimo de Pareto. Porém, neste último caso, existe a possibilidade de chegar a um acordo em que todos melhorem, e que seja unânime.” CALSAMIGLIA, A. *op. cit.* p. 318

¹⁹⁶⁷ Observa o autor que uma situação em que um indivíduo fica com tudo e outro com nada, “qualquer que seja a postura ética a partir da qual seja considerada, dificilmente poderia tal estado de coisas receber o adjetivo de ‘ótimo’”. SÁNDEZ, S. B. *op. cit.* p. 214. Como ensina Pierre Rosanvallon, o critério paretiano pretende-se lógico-ético ou supra-ético. ROSANVALLON, P. *Crise cit.* pp. 95-96.

¹⁹⁶⁸ Pois como observa o próprio autor, “sem embargo, o critério de Pareto nos proporciona uma base bastante sólida para discernir entre estados econômicos atendendo não a considerações de justiça distributiva (...) mas de eficiência. Com efeito: que uma alocação de recursos não seja dominada por nenhuma outra no sentido de Pareto, pode não significar grande coisa; mas se está, isso nos proporciona fundamentos para julgá-la negativamente do ponto de vista da eficiência.” SÁNDEZ, S. B. *id.* p. 215. E, como observado por Calsamiglia, a má alocação de recursos não pode ser considerada ética.

¹⁹⁶⁹ Como esclarece A. Mitchel Polinsky, a expressão equidade, no sentido em que normalmente é utilizada pelos economistas, significa a distribuição de renda entre indivíduos em uma determinada situação alocativa, sendo distinto, portanto, de muitas outras utilizações existentes no Direito e na Filosofia. POLINSKY, A. M. *op. cit.* p. 19.

conceito paretiano de eficiência¹⁹⁷⁰, Sáñez tentará desenvolver algumas teorias nesse sentido, que aqui podem ser úteis.¹⁹⁷¹

O autor formaliza as economias de mercado a partir das dimensões referentes aos indivíduos e aos bens que as compõem, entre outros elementos – notadamente os vetores de consumo.¹⁹⁷²

Na formalização de Salvador Barberá, um indivíduo é descrito a partir de sua dotação inicial de bens e de suas preferências entre distintas alternativas de consumo, através de funções de índice de utilidade.¹⁹⁷³

A alocação de recursos também é representada, indicando a maneira como se dá a distribuição dos recursos existentes em uma sociedade entre os indivíduos que a integram. Tal alocação será considerada eficiente, evidentemente, se nenhuma outra se revelar superior a ela segundo o critério de Pareto.¹⁹⁷⁴ Dadas tais premissas, Salvador Barberá Sáñez afirma que

Podemos agora definir o conceito de alocação equitativa em uma economia de mercado. Diremos que uma alocação é equitativa se nela cada indivíduo considera que o vetor de consumo que lhe corresponde é superior (lhe

¹⁹⁷⁰ SÁÑEZ, S. B. *op. cit.* p. 213.

¹⁹⁷¹ Buscar-se-á sintetizar as contribuições do autor no presente trabalho em termos textuais, renunciando-se a transcrever toda a formalização matemática presente em seu trabalho, ao qual se remete quanto a tais aspectos. Apenas algumas representações matemáticas serão utilizadas, com intuito de ilustração do pensamento do autor.

¹⁹⁷² SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 217. A representação formal do indivíduo passa a ser (w^1, U_1) no qual o primeiro elemento representa sua dotação de bens e o segundo sua função de utilidade. A representação formal de uma economia de mercado assumirá a seguinte forma: $E = \{(w^1, U_1), (w^2, U_2), \dots, (w^N, U_N)\} \equiv \{(w^i, U_i) | i \in \{1, \dots, N\}\}$. *Ibid.*

¹⁹⁷³ SÁÑEZ, S. B. *ibid.* Há uma série de pressupostos contrafáticos relativamente a tais funções, entre as quais a hipótese de que seja contínua, estritamente crescente e estritamente quase-côncava. Observa Sáñez que “as condições impostas são demasiadamente restritivas. São adotadas apenas para facilitar a exposição, já que, mesmo dentro delas, ocorrerão todos os fenômenos que se pretende destacar.” SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁷⁴ SÁÑEZ, S. B. *ibid.* Presumem-se ainda condições sob as quais uma economia de mercado e um vetor de preços constituam um equilíbrio competitivo para todos os indivíduos do grupo, bem como que em uma economia de mercado em que se cumpram as hipóteses sobre a função de utilidade do consumidor haveria ao menos uma alocação e um vetor de preços que constituiriam um equilíbrio competitivo. SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

produz maior utilidade) que qualquer outro recebido, na mesma alocação, pelos demais consumidores.¹⁹⁷⁵

O autor evidencia que a expressão por ele adotada para a alocação – equitativa – é fruto de seu predomínio na literatura existente, e observa que, a despeito da multiplicidade de sentidos que a expressão possa ter, servirá para designar a situação alocativa referida.¹⁹⁷⁶ Aduz que

As alocações equitativas possuem uma propriedade interessante: nelas, cada indivíduo considera, a partir de seu próprio ponto de vista (i.e., em termos de suas preferências, representadas por sua função de utilidade) que ninguém possui um resultado mais favorável do que ele na repartição dos recursos disponíveis. Esta ‘ausência de inveja’ pode não ser tudo o que se pode exigir de uma alocação de um ponto de vista ético. Mas aquelas alocações capazes de garanti-la despertarão, sem dúvida, um consenso importante entre os membros da economia, e isso as faz especialmente atraentes.¹⁹⁷⁷

Sández reconhece que o conceito de equidade por ele trabalhado não permite matizar diferentes graus em termos de alocação equitativa, possibilitando apenas distinguir alocações reputadas equitativas de alocações reputadas não-equitativas. Afirma, no entanto, que tal simplicidade é uma exigência operativa e argumenta que critérios excessivamente complexos normalmente revelam-se falhos.¹⁹⁷⁸

Com vistas a verificar a coerência interna de uma formulação como esta acerca da equidade, Salvador Barberá indaga se existiriam alocações capazes de satisfazê-la, e aponta ao menos uma: a alocação igualitária.¹⁹⁷⁹ Daqui o autor extrai

¹⁹⁷⁵ SÁNDEZ, S. B. *ibid.* Formalmente, “Dada uma economia de mercado E, diremos que uma alocação (x^1, x^2, \dots, x^N) de E é *equitativa* se e somente se, para todo indivíduo $i \in (1, \dots, N)$, se cumpre que: $U^i(x^i) \geq U^i(x^j)$, para qualquer $x^j \neq x^i$.” SÁNDEZ, S. B., *ibid.*

¹⁹⁷⁶ SÁNDEZ, S. B. *id.* pp. 217-218.

¹⁹⁷⁷ SÁNDEZ, S. B. *id.* p. 218. O autor acrescenta a observação de que tal definição de equidade – assim como a definição paretiana de eficiência – evita o problema das comparações interpessoais de utilidade que causaram dificuldades à Economia normativa. SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁷⁸ SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁷⁹ O autor ensina que “dada uma economia de mercado E, a *alocação igualitária* é aquela em que cada agente recebe a mesma quantidade de cada bem que todos os demais.” SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

uma proposição segundo a qual “em qualquer economia de mercado E a alocação igualitária é sempre equitativa.”¹⁹⁸⁰

Demonstrada a consistência, reconhece o autor que as teorizações por ele feitas seriam triviais e de pouca utilidade caso se referissem apenas à categoria das alocações igualitárias, lançando um questionamento sobre a possibilidade de existência de outras situações alocativas que pudessem ser consideradas equitativas.¹⁹⁸¹

O autor afirma existirem muitas outras situações alocativas que assim poderiam ser consideradas.¹⁹⁸² No entanto pondera que situações alocativas equitativas podem não ser eficientes, e passa a investigar a possibilidade de situações que se caracterizassem simultaneamente como equitativas e eficientes.¹⁹⁸³

A temática revela-se relevante para se examinar melhor a relação entre eficiência e justiça distributiva como equidade, no sentido já exposto, bem como sobre a possibilidade de sua coincidência.

Salvador Barberá Sáñez questiona, ainda, caso existam tais situações, quais as condições para sua verificação e quais os mecanismos que possibilitariam o atingimento das mesmas.¹⁹⁸⁴

De acordo com o autor, observadas as condições hipotéticas acerca das quais teoriza, já vistas, existiria a possibilidade de alocações de recursos que fossem passíveis de ser consideradas ao mesmo tempo eficientes e equitativas.¹⁹⁸⁵

Após a demonstração formal de suas teorizações, Sáñez conclui que haveria economias de mercado ao mesmo tempo equitativas e eficientes, e que não seriam

¹⁹⁸⁰ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁸¹ SÁÑEZ, S. B. *id.* pp. 218-219.

¹⁹⁸² SÁÑEZ, S. B. *id.* pp. 219-220.

¹⁹⁸³ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 221.

¹⁹⁸⁴ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁸⁵ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

igualitárias¹⁹⁸⁶, pois “sabemos que na maioria dos casos a alocação igualitária não é eficiente”.¹⁹⁸⁷ Sustenta o autor a importância de suas proposições, asseverando que

as alocações eficientes que localizamos são, precisamente, as que resultariam de um processo competitivo, a partir de uma dotação inicial de recursos na qual todos os agentes tivessem idênticas quantidades de cada bem. E isso, por sua vez, indica na direção de uma primeira resposta acerca de quais mecanismos de alocação de recursos seriam capazes de assegurar a eficiência e a equidade de seus resultados: o mecanismo competitivo poderia fazê-lo, desde que se garantisse que a dotação inicial de recursos fosse igualitária.¹⁹⁸⁸

O autor demonstra, com recurso à modelização e à formalização geométrica, não apenas a possibilidade de ocorrência de situações equitativas distintas da distribuição igualitária, mas também a possibilidade teórica de situações caracterizadas pela coincidência entre eficiência e equidade.¹⁹⁸⁹

O autor ressalta, no entanto, o caráter limitado da proposição no sentido do caráter equitativo e eficiente da situação de concorrência a partir de uma dotação inicial igualitária. Observa o autor que ela apenas indica que a operação do mecanismo da concorrência não destruiria a equidade da situação inicial, pelo menos neste caso, e que, ao mesmo tempo, favoreceria a realocação dos recursos através dos processos de troca de maneira mais eficiente. Mas reconhece que a alocação igualitária constituiria um caso muito particular, mesmo entre aquelas que são equitativas.¹⁹⁹⁰

A partir de tal constatação, SándeZ questiona se o mecanismo da concorrência conduziria a situações equitativas partindo de situações iniciais de

¹⁹⁸⁶ Isso é possível porque conforme visto em suas teorizações o caráter equitativo e eficiente não decorre da distribuição igualitária dos bens para cada indivíduo, mas apenas das preferências de cada agente (função de utilidade) e dos recursos totais da economia (Pareto). SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁸⁷ SÁNDEZ, S. B. *ibid.* Ressalve-se que não o demonstra, e que suas conclusões prendem-se aos pressupostos extremamente restritivos sob os quais teoriza.

¹⁹⁸⁸ SÁNDEZ, S. B. *id.* pp. 221-222 e pp. 223 e 224.

¹⁹⁸⁹ Particularmente o de alocação competitiva a partir da distribuição igualitária. SÁNDEZ, S. B. *id.* pp. 223-225.

¹⁹⁹⁰ SÁNDEZ, S. B. *id.* p. 225.

dotação não equitativas, ao que conclui que “não o fará para qualquer dotação inicial: o mecanismo competitivo, por si só, nem sempre poderá corrigir a falta de equidade das dotações iniciais.”¹⁹⁹¹

O autor reconhece ainda que nem mesmo se as dotações iniciais forem igualitárias os equilíbrios finais necessariamente terão de ser equitativos¹⁹⁹², afirmando o autor que “é possível que as alocações de equilíbrio competitivo associadas com uma economia de mercado E não sejam equitativas, ainda que a dotação inicial de recursos o seja.”¹⁹⁹³

Admite Sáñez não ser possível afirmar que o mecanismo de mercado seja capaz de manter ao longo de sua operação a situação equitativa das dotações originais, pois os ganhos de eficiência podem ser acompanhados por perdas em equidade.¹⁹⁹⁴

Para ser possível aprofundar a análise, o autor buscará outra definição do equitativo, agora não mais referida à alocação de bens, mas aos processos de intercâmbio¹⁹⁹⁵, ou seja, buscará definir intercâmbios equitativos. Nesse sentido, segundo o autor

um vetor de trocas líquidas a partir de [uma alocação] (x^1, x^2, \dots, x^N) é equitativo se cada indivíduo considera que suas próprias trocas o conduzem a uma situação superior do que aquelas a que teriam levado as trocas realizadas por outros agentes e que tivessem sido possíveis a ele também.¹⁹⁹⁶

¹⁹⁹¹ SÁÑEZ, S. B. *ibid.* Esta conclusão parece bastante interessante em termos de implicações.

¹⁹⁹² SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁹³ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 226. De acordo com as reflexões do autor, “este resultado é o primeiro de uma série que nos conduzirá até uma visão bastante pessimista sobre a possibilidade de compatibilizar os objetivos de eficiência e equidade, e de fazê-lo sistematicamente através de mecanismos de alocação de recursos conhecidos.” SÁÑEZ, S. B. *ibid.*

¹⁹⁹⁴ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 228.

¹⁹⁹⁵ SÁÑEZ, S. B. *ibid.*: “Munidos de tal definição, procuraremos esclarecer a relação existente entre equidade das situações alocativas e equidade dos intercâmbios através dos quais se pode passar de umas a outras.”

¹⁹⁹⁶ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 229.

Assim definida a equidade dos intercâmbios ou trocas, indaga o autor sobre sua relação com a equidade da alocação. De maneira muito interessante e contraintuitiva, esclarece o autor:

seria natural supor que se, partindo-se de uma alocação equitativa se levam a cabo trocas equitativas, a nova alocação também deveria sê-lo. No entanto esta conjectura não tem porque ser correta, como indica a seguinte proposição: (...) é possível que a alocação resultante de um vetor de trocas líquidas equitativas a partir de uma situação alocativa equitativa não seja equitativa.¹⁹⁹⁷

Afirma ainda ser possível que as alocações de equilíbrio competitivo associadas a uma economia de mercado E não sejam equitativas, mesmo que o sejam a dotação inicial de recursos e o vetor de trocas necessário para a passagem da situação original para a nova.¹⁹⁹⁸

Refutando a possibilidade de uma incompatibilidade entre as noções de equidade de situações alocativas e de trocas, Salvador Barberá Sáñez sustenta que os resultados paradoxais evidenciarão as fragilidades dos requisitos de equidade.¹⁹⁹⁹ De acordo com o autor

Para assegurar que os resultados finais de uma economia competitiva sejam equitativos não basta assegurar que os recursos sociais estejam bem distribuídos; nem controlar os processos de troca, exigindo que sejam realizados sob condições equitativas, e tampouco seria suficiente controlar ambos os aspectos. As condições de equidade são difíceis de se satisfazer, e não parece fácil encontrar soluções mecanicistas para garantir seu cumprimento.²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁷ SÁÑEZ, S. B. *id.* pp. 229-230.

¹⁹⁹⁸ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 230.

¹⁹⁹⁹ Posteriormente sustentaremos que elas evidenciam possivelmente as fragilidades dos requisitos de eficiência.

²⁰⁰⁰ SÁÑEZ, S. B. *id.* p. 231.

Analisa o autor que as evidências dos estudos sobre a temática demonstram de um lado a possibilidade e de outro as dificuldades de se obter alocações simultaneamente eficientes e equitativas através de mecanismos competitivos.²⁰⁰¹

A demonstração da possibilidade teórica disso, no entanto, deixa em aberto vários caminhos possíveis, inclusive a busca por procedimentos, ainda que distintos da concorrência, que fossem capazes disso.²⁰⁰²

Aduz Barberá que “em última análise, as referidas alocações poderiam ser obtidas como resultado de ações redistributivas por parte do Estado ou de outro agente criado para tal finalidade.”²⁰⁰³

O problema da conciliação de eficiência e equidade agrava-se quando se considera o caráter produtivo das economias, levando o autor a considerar existirem economias produtivas nas quais, segundo ele, não haveria a possibilidade de alocações simultaneamente eficientes e equitativas.²⁰⁰⁴

O problema da contribuição individual para com a produção faz com que a exigência de simetria inerente à equidade conduza a alocações desiguais para contribuições desiguais.²⁰⁰⁵

A partir de várias modelizações formais, sustenta Salvador Barberá SándeZ que em tais economias produtivas, considerando-se o necessário aporte de trabalho

²⁰⁰¹ SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

²⁰⁰² SÁNDEZ, S. B. *ibid.* Donde se depreende a conexão sustentada no presente trabalho entre intervenção estatal e jurídica e promoção da justiça distributiva ou equidade.

²⁰⁰³ SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

²⁰⁰⁴ SÁNDEZ, S. B. *ibid.* Observa este autor que “quando deixamos de considerar os recursos disponíveis como dados, passando a vê-los como o resultado de processos produtivos específicos intervêm considerações novas: não é importante apenas o que cada indivíduo recebe, mas também a medida em que contribuir para com a produção.” Ver-se-á este argumento ressurgir ao tratar-se das Teorias da Justiça no exemplo das três crianças que reivindicam uma flauta, de Amartya Sen.

²⁰⁰⁵ SÁNDEZ, S. B. *ibid.*: “Enquanto não considerávamos a origem dos bens disponíveis era muito natural que considerássemos equitativas as alocações capazes de tratar cada indivíduo como ‘o mais favorecido’ a partir de seu próprio ponto de vista. Mas este argumento perde força quando passamos a levar em consideração que alguns são mais capazes que outros, e que em situações eficientes se terá utilizado em maior quantidade o seu esforço do que o dos demais.” *Ibid.*

para o posterior consumo, em certos casos nenhuma situação revela-se passível de ser simultaneamente equitativa e eficiente.²⁰⁰⁶ Aduz ainda que

o conceito proposto de equidade tropeça, pois, em várias dificuldades para sua incorporação à análise teórica, sobretudo caso se interprete sua introdução como uma tentativa de completar, mais do que substituir, o critério de eficiência paretiano na avaliação de estados econômicos alternativos. No entanto valeria a pena deter-se nele por várias razões. Primeiramente porque apesar das dificuldades encontradas, poderá haver, mesmo em economias produtivas, muitos casos em que efetivamente existam alocações eficientes e equitativas; e quando existam, resultarão extremamente atrativas como objetivo a se alcançar.²⁰⁰⁷

Algumas conclusões parecem passíveis de ser extraídas das lições do autor. Primeiramente, a de que eficiência e Justiça distributiva – ou equidade – parecem se contrapor no mundo real, pelos menos nos termos em que se concebe atualmente a eficiência.

Porém há que se observar existirem evidências que demonstram ser plausível conceber situações possíveis nas quais a contradição não se verifique, como afirmado por Calsamiglia e evidenciado por Barberá.²⁰⁰⁸

Aduza-se, ainda, que resta evidenciado que o mecanismo da concorrência não é capaz, por si só, de garantir o atingimento e a manutenção da equidade, mesmo sob condições extremamente restritivas que pressupõem dotações iniciais equitativas e trocas igualmente equitativas.

O papel da intervenção estatal e do Direito, portanto, pode ser concebido, caso se assuma como um objetivo ético-político a promoção da justiça distributiva ou equidade, o de corrigir as limitações inerentes ao mecanismo de mercado quanto à distribuição equitativa.

²⁰⁰⁶ SÁNDEZ, S. B. *id.* p. 234.

²⁰⁰⁷ SÁNDEZ, S. B. *ibid.*

²⁰⁰⁸ A. Mitchel Polinsky afirma que “não há conflito entre estes objetivos se a renda puder ser distribuída sem custo. Basicamente isso pressupõe que qualquer falta de equidade na distribuição da renda devida a uma pretensão de eficiência seria passível de correção sem custos.” POLINSKY, A. M. *op. cit.* p. 123.

Note-se, no entanto, que a discussão permanece presa à definição de eficiência – paretiana nas aplicações examinadas, mas que poderia ser a de Kaldor-Hicks –, de modo que uma eventual desconstrução e reconstrução do conceito de eficiência poderiam teoricamente conduzir a uma possível compatibilização entre eficiência e equidade. Este argumento será examinado adiante.

Sobre a temática de se observar ainda que Louis Kaplow e Steven Shavell sustentam que, excetuadas algumas concepções de distribuição de renda baseadas exclusivamente no bem-estar ou utilidade individual, as demais concepções de justiça distributiva baseadas em elementos diversos desse bem-estar ou utilidade conduziram a políticas conflitantes com o princípio de Pareto.²⁰⁰⁹

Os autores defendem ainda que qualquer noção de bem-estar não-individualista, como aquelas sustentadas por Richard Musgrave e Amartya Sen, seria conflitante com o referido princípio.²⁰¹⁰

Kaplow e Shavell buscam demonstrar que qualquer concepção de bem-estar que não seja individualista, por conferir relevo a fatores independentemente de seus efeitos sobre o bem-estar individual, é incompatível com e viola o princípio de Pareto.²⁰¹¹

Os autores observam que embora os economistas estejam normalmente focados em conceitos de justiça baseados em uma concepção individualista de bem-estar, muitos cidadãos e políticos tenderiam a considerar outros elementos como

²⁰⁰⁹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *op. cit.* p. 67.

²⁰¹⁰ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. Any Non-individualistic Social Welfare Function violates the Pareto Principle. **National Bureau of Economic Research Working Paper 7051**, Cambridge, mar. 1999, p. 1.

²⁰¹¹ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. **Any Non-individualistic** *cit.* pp. 3-4. Definindo x como uma descrição completa do mundo, incluindo uma conta compreensiva de cada uma de n situações individuais, sendo X o conjunto de tais estados e a função de bem-estar social F uma função do conjunto de estados X para a linha real R . No modelo criado pelos autores, a função de utilidade de um indivíduo i (U_i) é também uma função de X para R . Nesses termos, uma função de bem-estar social individualista W é uma função que toma a forma $W(U_1(x), \dots, U_n(x))$. Já uma função de bem-estar social F não é individualista se e somente se existirem x, x' e X de modo que $U_i(x) = U_i(x')$ para todo i e $F(x) \neq F(x')$, segundo os autores. Pois o princípio de Pareto postula que para quaisquer estados x, x' e X teremos $U_i(x) > U_i(x')$ para todo i e $F(x) > F(x')$. *Id.* pp. 2-3.

intrinsecamente importantes, como a ideia de que a punição deveria ser proporcional ao crime.²⁰¹²

Segundo os autores, mesmo alguns economistas, como Musgrave e Sen, sustentam concepções de bem-estar social que se afastam das concepções individualistas, ao pretenderem levar a equidade horizontal em conta – Musgrave – ou mensurar o bem-estar social com base nas capacidades básicas dos indivíduos ao invés de sua utilidade – Sen.²⁰¹³

Do mesmo modo que fizeram em sua análise acerca da incompatibilidade entre qualquer concepção de justiça baseada em elementos estranhos à utilidade individual com o princípio de Pareto, os autores sustentam que “a avaliação de políticas que confira qualquer peso a princípios ou fatores independentemente de seus efeitos sobre a utilidade individual podem conduzir a escolhas sob as quais todos estarão em situação pior.”²⁰¹⁴

Sustentam assim que qualquer um que queira preservar o princípio de Pareto deve rejeitar noções de bem-estar social não-individualistas para serem consistentes de um ponto de vista lógico.²⁰¹⁵

Ou seja, erigindo referido conceito à condição de verdadeiro princípio normativo, não apenas quaisquer pretensões de justiça não baseadas na utilidade são rechaçadas, por ineficientes, mas igualmente qualquer pretensão de compreensão coletiva e não individual da utilidade social é vista como contraventora ao superprincípio em referência.

As teorizações de autores como Kaplow e Shavell permitem demonstrar o caráter pernicioso de uma análise econômica do Direito sob as premissas por eles adotadas e evidenciam a necessidade da superação das características atuais da Ciência Econômica para se possibilitar uma visão econômica do Direito que não

²⁰¹² KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 1.

²⁰¹³ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

²⁰¹⁴ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *id.* p. 4.

²⁰¹⁵ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.* Para os autores “a crença no princípio de Pareto não apenas afasta a escolha de políticas Pareto-dominadas; também torna inadmissível a adoção de certos critérios para avaliar políticas.” KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *ibid.*

signifique instrumento de perversão deste e que se compatibilize com noções mínimas de justiça.

Como chama a atenção François Perroux, simplificações abusivas e representações formais permitem à Economia de desembaraçar de problemas como a desigualdade, considerando em seus modelos todos como livres e iguais.²⁰¹⁶

A defesa dos mecanismos de mercado como os únicos meios de distribuição legítima de recursos, por sua vez, tem o condão de promover a admissão das diferenças de rendas, qualquer que seja a sua magnitude.²⁰¹⁷

Denuncia Perroux que os modelos engendrados pela Economia pseudocientífica desvia a atenção de todos relativamente às instituições – e outras questões relevantes, aduziríamos – e promove um “empoderamento” do rico em detrimento do pobre.²⁰¹⁸

Como visto, os conceitos atuais de eficiência convivem bem com a desigualdade em qualquer nível, em descompasso evidente com a concepção ética calcada em um mínimo de igualdade – ou de limites toleráveis de desigualdade – traduzida nas diversas gerações de direitos que permearam os períodos do Estado liberal e do Estado social.

Caso se assuma o objetivo ético-político da promoção da justiça distributiva como premissa, por variados que possam ser seus conteúdos concretos, as evidências estão a apontar que este deve ser o objetivo do Direito e da intervenção do Estado, e não a promoção da eficiência, sobretudo como definida sob os marcos teóricos de Pareto e Kaldor-Hicks.

²⁰¹⁶ KOLACINSKI, D. *op. cit.* pp. 88-89.

²⁰¹⁷ KOLACINSKI, D. *id.* p. 89.

²⁰¹⁸ “Assim, se ‘na sociedade do enriquecimento o pobre, privado de cultura, deve ser fraco, humilde, submisso, é porque é bem compreendido que a hierarquia das rendas, dos patrimônios e do poder, reflete uma hierarquia natural’ (...), fica claro que a Economia padrão, associada ao ambiente de liberalismo, justifica teoricamente esta auto-afirmada ‘hierarquia natural’ que François Perroux denuncia. É porque ‘o pensamento econômico, em seus enunciados neoclássicos, reconstrói os moveis humanos sobre modelos mercantis (...) que ela exalta o poder e a riqueza.’ KOLACINSKI, D. *ibid.*”

Convém extrair algumas conclusões a partir do quanto foi explorado no capítulo até o momento. Inicialmente verificaram-se tensões sérias entre a Economia e os conceitos contemporâneos de eficiência, de um lado, e as noções de Ética e justiça, de outro.

Evidenciou-se a problemática relação existente entre os conceitos de eficiência, seja em sentido paretiano, seja no sentido de Kaldor-Hicks, e noções basilares de justiça, como as de justiça corretiva e de justiça distributiva.

A maioria dos autores considera eficiência e justiça – ou equidade – antitéticas, sustentando haver um *trade off* entre ambos, de modo que ganhos de eficiência implicam renúncia às pretensões de justiça e que qualquer pretensão de promoção de justiça baseada em fatores estranhos à utilidade individual consistiriam em perdas de eficiência em prejuízo de todos.²⁰¹⁹

Não obstante, alguns autores, como Barberà Sández e Calsamiglia, admitem ser teoricamente possível a conciliação ou coincidência de justiça e eficiência. Para tanto, parece necessário redefinir justiça ou eficiência.

O projeto de redefinição de justiça nesse sentido normalmente conduz à redução do conceito de justo ao conceito de eficiente, nos moldes das propostas de autores como Posner e Kirzner.

Como já visto, a redução da justiça à eficiência merece ser rechaçada em virtude de desconsiderar gravemente a todo o ideário político, filosófico e jurídico acerca da justiça que existiu durante a História.

Outro percurso teoreticamente possível para a conciliação de justiça e consistiria em redefinir a eficiência, incorporando-lhe elementos éticos mínimos que permitam compreendê-la como abrangendo a justiça.

²⁰¹⁹ Léon Walras faz referência a este problema, abordando a questão das relações entre Moral e Economia em seu *Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura*. Afirma o autor, fazendo referência à polêmica entre Proudhon e Bastiat no século XIX: “Proudhon, nas *Contradições Econômicas*, sustentava que há antinomia entre a justiça e o interesse; Bastiat, nas *Harmonias Econômicas*, sustentava a tese oposta. Penso, quanto a mim, que nem um nem outro conseguiu fazer sua demonstração e retomarei a tese de Bastiat, para defendê-la, de outro modo.” WALRAS, L. *op. cit.* p. 60.

Tal possibilidade, no entanto, parece de difícil consecução e de discutível efetividade, na medida em que dificilmente se obteria consenso em tais modificações conceituais.

Desse modo, para possibilitar uma Análise Econômica do Direito aceitável em termos do julgamento ético acerca de seus resultados, parece ser necessário encontrar uma terceira via.

Nesse ponto, sustenta-se a necessidade de conectar as visões econômicas sobre o Direito à Ética e, especialmente, a uma Teoria da Justiça que se revele capaz de superar as limitações severas que acometem as visões ortodoxas, como demonstrado.

Tal conexão possibilitaria a superação de alguns dos severos inconvenientes que acometem as visões economicistas do Direito, exploradas ao longo do presente trabalho, conferindo centralidade ao ser humano e à satisfação de suas necessidades, redefinindo o papel da Economia em sua interação com o Direito, com a Política e com a Ética, e preservando uma concepção mais adequada dos direitos.

Por outro lado, a necessidade de reconectar a análise econômica a uma Teoria da Justiça para que seus resultados sejam aceitáveis conduz à indagação de qual das várias teorias existentes seria adequada para levar a cabo tal pretensão.

Isso nos remete à exploração do tópico de encerramento do presente Capítulo, que versará sobre uma Teoria da Justiça capaz de proporcionar uma Economia ética e humanista o suficiente para embasar uma interlocução adequada entre Direito e Economia, diversa dos enfoques convencionais e de seus severos problemas éticos.

4.3.4 Da Justiça plutocrática à Justiça focada em realizações

Em face da incompatibilidade entre os conceitos contemporâneos e eficiência e algumas noções basilares de justiça, rechaçada a redução da última aos primeiros e dada a pouca plausibilidade de reformulação dos conceitos de eficiência de modo a conciliá-los com noções basilares de justiça, resta explorar a possibilidade de conexão entre Economia e Ética, através da adoção de uma Teoria da Justiça a embasar a análise, para contornar os problemas que a assolam.

Para além da refutação de uma concepção plutocrática de Justiça e de Ética, que concebe a vida como se fosse um leilão permanente em favor dos ricos, da maximização da riqueza e de uma anarquia capitalista, e para tentar dar vazão à proposta de reconexão entre Economia e Ética, insta buscar uma concepção da Justiça que o permita.

Com vistas a tal desiderato, far-se-á aqui uma breve incursão no pensamento do Nobel em Economia Amartya Sen, economista indiano que se notabilizou, entre outras coisas, como criador do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Suas teorizações são valiosas e ostentam características que as tornam preferíveis a outras Teorias da Justiça para promover uma adequada redefinição da análise econômica do campo jurídico.

Evidentemente não existe consenso sobre o conceito de justiça e provavelmente jamais haverá, sendo as diversas concepções e as diferentes Teorias da Justiça uma demonstração eloquente disso. Nada obstante, a dificuldade conceitual e os dissensos referidos não devem conduzir a uma concepção *niilista* que impeça o uso das faculdades humanas no que tange a julgar a justiça ou a injustiça de uma situação, ainda que possa haver divergências ou diferentes fundamentações.

Abordar-se-á aqui o pensamento do autor indiano porque difere, em grande medida, das abordagens da Teoria da Justiça mais difundidas na atualidade, ostentando um caráter bastante promissor quando se pretende que tal teoria seja

aplicável ao mundo real, e não a um mundo ideal imaginário e impossível de se realizar²⁰²⁰, além de renunciar à pretensão de uma fundamentação ética única ou última.²⁰²¹

Preliminarmente é interessante observar que Sen sustenta a possibilidade de uma fundamentação plural para o julgamento do mérito moral de determinada situação, o que parece algo importante se o intuito é a formulação de um juízo de reprovação de situações de injustiça com vistas à redução dessas situações no mundo e na vida concreta das pessoas. Como observa o autor

A questão subjacente é se temos que concordar com uma única linha específica de censura para chegarmos a um consenso fundamentado no diagnóstico de uma injustiça que exige reparação urgente. O que é importante observar aqui, como fundamental para a ideia de justiça, é que podemos ter um forte senso de injustiça com base em muitos fundamentos diferentes, sem, contudo, concordarmos que um fundamento específico seja a razão dominante para o diagnóstico da injustiça.²⁰²²

Quanto às Teorias da Justiça existentes, Sen distingue entre duas abordagens ou perspectivas, denominando a primeira de institucionalismo transcendental e a segunda de comparação focada em realizações²⁰²³, ou, ainda,

²⁰²⁰ Como explica o mesmo em sua obra intitulada *A Ideia de Justiça*, “minha investigação diz respeito aos acordos arrazoados sobre como reduzir a injustiça, que podem ser alcançados a despeito de diferentes visões sobre os regimes ideais.” SEN, A. **Ideia de justiça**, A. Trad. Denis Bottmann; Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 42.@@@

²⁰²¹ É valioso o exemplo de Amartya Sen sobre a questão a abolição da escravidão nos Estados Unidos da América. Observa ele que os abolicionistas dos séculos XVIII e XIX não acreditavam que a abolição fosse tornar o mundo perfeitamente justo. Observa ele que, “ao contrário, elas alegavam que uma sociedade com escravos era totalmente injusta (...). Foi o diagnóstico da injustiça intolerável contida na escravidão que fez da abolição uma prioridade esmagadora, e isso não exigia a busca de um consenso sobre o que seria uma sociedade perfeitamente justa.” SEN, A. *id.* pp. 51-52.

²⁰²² SEN, A. *id.* pp. 32-33. Completa o autor que “a redução arbitrária de princípios múltiplos e potencialmente conflitantes a um único e solitário sobrevivente, guilhotinando todos os outros critérios avaliativos, de fato não é um pré-requisito para chegar a conclusões úteis e robustas sobre o que deve ser feito. Isso se aplica tanto à teoria da justiça quanto a qualquer outra parte da disciplina da razão prática.” SEN, A. *id.* p. 34.

²⁰²³ SEN, A. *id.* pp. 35 e ss.

em visão da justiça focada em arranjos e a visão da justiça focada em realizações, respectivamente.²⁰²⁴

O institucionalismo transcendental consistiria em uma abordagem da Justiça focada em arranjos institucionais justos, na busca da justiça perfeita em sociedades ideais. Tal perspectiva renuncia, assim, às comparações relativas de justiça e injustiça e ao enfoque de sociedades viáveis, revelando-se essencialmente especulativa.²⁰²⁵

Já a abordagem denominada comparação focada em realizações visa a instituições e comportamentos reais, procedendo por comparações entre sociedades existentes ou passíveis de existir, renunciando à busca de uma sociedade perfeitamente justa. Ensina Sen, ainda, que “tais comparações focadas em realizações tinham com frequência como principal interesse a remoção de injustiças evidentes no mundo que viam.”²⁰²⁶

Fazendo menção à posição dominante do pensamento de John Rawls no panorama atual das Teorias da Justiça²⁰²⁷, o autor evidencia que a Filosofia Política predominante na contemporaneidade se filia ao institucionalismo transcendental.²⁰²⁸

Sen, por sua vez, filia-se à tradição da justiça focada em realizações, e busca fazer comparações baseadas nas realizações e com enfoque no avanço ou no

²⁰²⁴ SEN, A. *id.* p. 40. Em outro escrito mais antigo (Desenvolvimento como liberdade), Sen evidencia que as bases informacionais usadas “pelo utilitarismo, libertarismo e justiça rawlsiana apresentam falhas graves se as liberdades substantivas individuais forem consideradas importantes.” Pondera o autor que “esse diagnóstico motiva a discussão de uma abordagem alternativa da avaliação que enfoca diretamente a liberdade, vista sob a forma de capacidades individuais para fazer coisas que uma pessoa com razão valoriza.” SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade** *cit.* p. 74.

²⁰²⁵ Nas palavras do autor, nelas “a investigação visa identificar a natureza do ‘justo’, em vez de encontrar algum critério para afirmar que uma alternativa é ‘menos injusta’ do que outra.” SEN, A. **Ideia de justiça** *cit.* p. 36. Segundo o autor, nesta linha inserem-se autores como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant (1724-1804) e John Rawls (1921-2002).

²⁰²⁶ SEN, A. *A id.* pp. 37-38. O autor elenca como pertencentes a esta orientação, entre outros, Adam Smith, Condorcet (1743-1794), Jeremy Bentham, Karl Marx e John Stuart Mill.

²⁰²⁷ Sobre o tema, veja-se GARGARELLA, R. **As Teorias da justiça depois** *cit.*

²⁰²⁸ SEN, A. **Ideia de justiça** *cit.* p. 38. Como observa o autor, “a caracterização de instituições perfeitamente justas transformou-se no exercício central das teorias da justiça modernas.” SEN, A. *A ibid.* Outros autores contemporâneos vinculados a tal perspectiva, de acordo com o autor, seriam Ronald Dworkin e Robert Nozick, entre outros.

retrocesso da Justiça.²⁰²⁹ O abandono da perspectiva institucionalista transcendental dá-se em função dos problemas que assolam a mesma, a saber, o problema da factibilidade e o problema da redundância.²⁰³⁰

O primeiro se traduz na impossibilidade de consenso acerca da natureza de uma sociedade justa; o segundo, na impossibilidade de atender à exigência posta pela razão prática no sentido de uma escolha real que pressupõe alternativas viáveis, e não em situações perfeitas inacessíveis.²⁰³¹

Sobre o problema da factibilidade de um acordo transcendental único sobre os princípios da Justiça, observa que “se um diagnóstico de arranjos sociais perfeitamente justos for incuravelmente problemático, então toda a estratégia do institucionalismo transcendental está profundamente prejudicada, mesmo que todas as alternativas concebíveis no mundo estejam disponíveis.”²⁰³²

Sen ilustra com o exemplo de três crianças que reivindicam uma única flauta. Considera que uma delas reclame a flauta sob o argumento de que é a única que sabe tocar, fato reconhecido pelas demais. Considera que a segunda argumente que merece a flauta porque, sendo pobre, não possuiria outros brinquedos, fato igualmente reconhecido pelas demais. A terceira, por sua vez, argumenta que merece a flauta porque a teria feito, fato também reconhecido pelas demais.²⁰³³

²⁰²⁹ SEN, A. *id.* p. 39. Como ressalva aquele autor, trata-se do compartilhamento de uma abordagem ou perspectiva, não de aspectos substantivos das diversas Teorias da Justiça integrantes da linhagem. SEN, A. *ibid.*

²⁰³⁰ SEN, A. *id.* pp. 39-40.

²⁰³¹ SEN, A. *A id.* p. 40. A abordagem do autor revela-se muito interessante como alternativa a concepções puramente ideais ou procedimentalistas: “A primeira linha de pensamento [institucionalismo transcendental] propõe que a justiça seja conceitualizada quanto a certos arranjos organizacionais – algumas instituições, algumas regulamentações, algumas regras comportamentais –, cuja presença ativa indicaria que a justiça está sendo feita. Nesse contexto, a pergunta a ser feita é: a análise da justiça necessita limitar-se ao acerto das instituições básicas e das regras gerais? Não deveríamos também examinar o que surge na sociedade, incluindo os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato, dadas as instituições e as regras, e também outras influências, incluindo os comportamentos reais, que afetam inescapavelmente as vidas humanas?” SEN, A. *ibid.*

²⁰³² SEN, A. *id.* pp. 40-41.

²⁰³³ SEN, A. *A id.* p. 43. A concepção de apropriação dos frutos da própria criatividade embasa concepções de justo com as sustentadas por Israel Kirzner. Veja-se DE SOTO, J. H. *op. cit.* p. 94.

Sen observa que, tendo ouvido uma única argumentação, sem ouvir as demais, uma pessoa poderia tender a achar qualquer uma das três alegações plausíveis. No entanto, tendo ouvido todas as três, a decisão a tomar seria difícil.²⁰³⁴

O autor aduz que, não obstante, teóricos com convicções diversas – utilitaristas, igualitaristas econômicos, libertários pragmáticos – poderiam acreditar saber qual seria a solução justa evidente, embora provavelmente cada um dos três sustentasse uma solução diversa.²⁰³⁵ Como observa o autor,

a questão geral aqui é que não é fácil ignorar como infundadas quaisquer das pretensões baseadas respectivamente na busca da satisfação humana, na remoção da pobreza ou no direito a desfrutar os produtos do próprio trabalho. Todas as diferentes soluções têm sérios argumentos a seu favor, e podemos não ser capazes de identificar, sem alguma arbitrariedade, um dos argumentos alternativos como aquele que deve prevalecer invariavelmente.²⁰³⁶

Aduz, ainda, que as diferenças entre as argumentações das crianças não dizem respeito à vantagem individual pretendida, mas aos princípios que deveriam reger a alocação de recursos em geral. Nas palavras de Sen, “suas divergências são sobre como os arranjos sociais devem ser estabelecidos e quais instituições sociais devem ser escolhidas e, através disso, sobre quais realizações sociais devem vir a acontecer.”²⁰³⁷

Além do problema explorado a partir do exemplo das crianças – problema da factibilidade do consenso sobre princípios de Justiça – outro é levantado pelo Nobel indiano, como já dito, relativo à redundância das teorizações do institucionalismo transcendental. Assim o formula Sen: “se uma teoria da justiça deve orientar a

²⁰³⁴ SEN, A. *Ideia de justiça cit.* p. 43.

²⁰³⁵ SEN, A. *ibid.* “Pode de fato não haver nenhum arranjo social identificável que seja perfeitamente justo e sobre o qual surgiria um acordo imparcial.” SEN, A. *id.* p. 45.

²⁰³⁶ SEN, A. *id.* pp. 44-45.

²⁰³⁷ SEN, A. *id.* p. 45. Sen observa que cada um dos três argumentos apoia-se sobre um tipo diverso de razão imparcial e não arbitrária. SEN, A. *ibid.*

escolha arrazoada de políticas, estratégias ou instituições, então a identificação dos arranjos sociais inteiramente justos não é necessária nem suficiente.”²⁰³⁸

O autor exemplifica afirmando que na escolha entre quadros de Pablo Picasso e Salvador Dalí, pouco auxiliaria saber – se isso fosse possível – que o quadro ideal no mundo é a Mona Lisa.²⁰³⁹

Do mesmo modo, pondera que uma teoria que fosse capaz de identificar uma alternativa transcendental não daria a resposta, nem mesmo indiretamente, pois segundo ele a ideia de uma classificação de alternativas de acordo com sua proximidade a um ideal sucumbiria diante da complexidade dos objetos e da distinção entre proximidade descritiva e valorativa.²⁰⁴⁰

Sustenta Sen que “em geral, a identificação de uma alternativa transcendental não oferece uma solução para o problema das comparações entre quaisquer duas alternativas não transcendentais.”²⁰⁴¹ O autor observa ainda que

a teoria transcendental simplesmente trata de uma questão diferente da tratada pela avaliação comparativa – uma questão que pode ser de interesse intelectual considerável, mas que não têm relevância direta para o problema da escolha que tem de ser enfrentado. O que é necessário, em vez disso, é um acordo baseado na argumentação racional pública sobre *rankings* de alternativas que podem ser realizadas.²⁰⁴²

A divergência de Sen com relação à abordagem do institucionalismo transcendental não se exaure nos problemas referidos de factibilidade e

²⁰³⁸ SEN, A. *id.* pp. 45-46. Em outro escrito, o autor afirma que “a base informacional das teorias normativas em geral, e das teorias de justiça em particular, tem importância decisiva, e pode ser o ponto de enfoque crucial em muitos debates sobre políticas práticas.” SEN, A. **Desenvolvimento** *cit.* p. 76.

²⁰³⁹ SEN, A. **Ideia de justiça** *cit.* p. 46.

²⁰⁴⁰ SEN, A. *ibid.* Sen observa haver diferentes dimensões nas quais os objetos da comparação diferem, podendo ser avaliadas distintamente. SEN, A. *ibid.*

²⁰⁴¹ SEN, A. *id.* p. 47.

²⁰⁴² SEN, A. *ibid.*

redundância, mas abrange também à limitação da teoria à escolha de instituições e à identificação de arranjos sociais ideais.²⁰⁴³ De acordo com o autor

a necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver.²⁰⁴⁴

A abordagem que inclua as realizações e as vidas passíveis de serem vividas concretamente por pessoas reais relaciona-se, assim, às várias coisas que estas pessoas são capazes de fazer, bem como à liberdade das mesmas para escolher entre diferentes tipos de vida.²⁰⁴⁵

O autor observa que a liberdade pode contribuir para com o bem-estar, mas que merece ser reconhecida como intrinsecamente valiosa. Pondera, ainda, que as liberdades e as capacidades das quais as pessoas desfrutam também podem ser valiosas para elas, e que a elas cabe a decisão sobre como usar tal liberdade.²⁰⁴⁶

A abordagem de Sen difere do utilitarismo, pois propõe que as realizações sociais sejam avaliadas relativamente às capacidades que as pessoas têm de fato, e não com relação às suas utilidades ou felicidade. Nela, as vidas humanas devem ser

²⁰⁴³ SEN, A. *id.* p. 48.

²⁰⁴⁴ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁴⁵ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁴⁶ SEN, A. *id.* p. 49. Como ensina o autor no livro “Sobre ética e economia”, algumas teorias sobre direito, como por exemplo a de Nozick (1974), defendem o direito de uma pessoa empenhar-se por qualquer coisa que lhe aprouver desde que com isso não viole as restrições deontológicas que a impedem de interferir nas atividades legítimas de outra pessoa. O indivíduo é livre para empenhar-se por seus interesses (sujeito a essas restrições), sem nenhum impedimento. Contudo, é preciso reconhecer que a *existência* desses direitos não indica que seria eticamente apropriado *exercê-los* por meio do comportamento auto-interessado.” SEN, A. **Sobre Ética** *cit.* p. 72.

concebidas sem exclusão, levando-se em consideração as liberdades substantivas das pessoas, evitando-se ignorar tudo que não seja prazer ou utilidade.²⁰⁴⁷

É importante consignar, ainda, que a liberdade de escolha acarreta a responsabilidade correspondente a tal capacidade, conduzindo ao que Sen denomina de demandas do dever ou exigências deontológicas.²⁰⁴⁸

Sen retoma uma distinção tradicional na teoria do Direito indiano buscando contrastar as perspectivas da visão de justiça focada em arranjos para com aquela focada em realizações. Trata-se da distinção entre *niti* e *nyaya*, ambas significando, em sânscrito clássico, justiça.²⁰⁴⁹

O autor indiano ensina que, entre outros usos, *niti* refere-se principalmente à adequação de um arranjo institucional e à correção de um comportamento, conectando-se, portanto, à perspectiva focada em instituições transcendentais.²⁰⁵⁰

Nyaya, por sua vez, denota um conceito abrangente, no sentido de justiça realizada, reclamando que os papéis desempenhados por instituições, regras e organizações sejam avaliados em uma perspectiva mais ampla e inclusiva, e a partir do mundo que de fato emerge de sua operação.²⁰⁵¹ Ensina Sen, ainda, que

Considerando uma aplicação específica, os antigos teóricos do direito indiano falavam de forma depreciativa do que chamavam *matsyanyaya*, ou 'a justiça do mundo dos peixes', na qual um peixe grande pode livremente devorar um peixe pequeno. Somos alertados de que evitar a *matsyanyaya* deve ser uma parte essencial da justiça, e é crucial nos assegurarmos de que não será permitido à 'justiça dos peixes' invadir o mundo dos seres humanos.²⁰⁵²

²⁰⁴⁷ SEN, A. **Ideia de justiça** *cit.* p. 49.

²⁰⁴⁸ SEN, A. *ibid.* O agente, no pensamento de Sen, é um produtor de realizações que considera valiosas e que não estão necessariamente vinculadas a seu próprio bem-estar. Sen reconhece certa sobreposição das considerações centradas na agência – conceito correspondente a esta dimensão – com a abordagem centrada nas capacidades, mas distinta da perspectiva utilitarista que vincula a responsabilidade de alguém com sua própria felicidade. SEN, A. *id.* pp. 49-50.

²⁰⁴⁹ SEN, A. *id.* p. 50.

²⁰⁵⁰ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁵¹ SEN, A. *A ibid.*

²⁰⁵² SEN, A. *id.* p. 50-51.

Afirma o autor que o reconhecimento central neste ponto passa a ser que a realização da justiça, no sentido abrangente e inclusivo de *nyaya* e não no sentido restrito de *niti*, “não é apenas uma questão de julgar as instituições e as regras, mas de julgar as próprias sociedades.”²⁰⁵³

Ele frisa que “não importa quão corretas as organizações estabelecidas possam ser, se um peixe grande ainda puder devorar um pequeno sempre que queira, então isso é necessariamente uma evidente violação da justiça humana, *nyaya*.”²⁰⁵⁴

Propostas de justiça a partir do direito estritamente formal ou de arranjos ideais de difícil ou impossível realização enquadra-se como *niti*, um conceito insuficiente de justiça pelas razões expostas por Sen – factibilidade, redundância e insensibilidade, em diferentes graus e formas, aos resultados da operação das instituições na vida concreta das pessoas.

Já as propostas de Ética e de justiça formuladas por Posner podem ser perfeitamente descritas como propostas de introdução da “justiça do mundo dos peixes” ou *matsyanyaya* no mundo e, portanto, como avessa à concepção de Justiça como *nyaya*, defendida por Sen.

Com efeito, o princípio regente absoluto de tal proposta – a maximização de riqueza – necessariamente favorece o grande em detrimento do pequeno ou – na expressão da metáfora de Sen – possibilita que o “peixe grande” devore o “peixe pequeno”, fazendo com que seja possível estabelecer um amplo consenso – ainda que com vários fundamentos diferentes – sobre sua flagrante injustiça, permitindo sua censura moral.

Os resultados oriundos das teorizações e das práticas econômicas, bem como das instituições do mercado, sobre o mundo concreto – desemprego, fome, miséria, mendicância, subdesenvolvimento humano, violência, criminalidade, doença, entre outros – permite um juízo concreto sobre a injustiça orinda da

²⁰⁵³ SEN, A. *id.* p. 51.

²⁰⁵⁴ SEN, A. *ibid.*

operação das instituições reais do mundo real, e sobre a necessidade urgente de correção de alguns desses resultados.

Ademais, como demonstrado, a abordagem dos direitos a partir da análise econômica corrobora o entendimento no sentido da reprovação da proposta economicista de uma teoria do Direito, da Justiça e da moral.

Os direitos podem, plausivelmente, ser considerados como instrumentos existentes no mundo real para reduzir as injustiças, nos termos cogitados pela abordagem da justiça focada em realizações, proposta por Sen. Pois como evidencia este autor, “a perspectiva focada em realizações também facilita a compreensão da importância de prevenir injustiças manifestas no mundo, em vez de buscar o que é perfeitamente justo.”²⁰⁵⁵

O vilipêndio e a instrumentalização dos direitos promovida pela análise econômica, especialmente – mas não exclusivamente – na abordagem focada nos custos, evidencia os severos problemas de injustiça que acometem tal visão.²⁰⁵⁶

A relativização de direitos com base em ponderações de custo-benefício, sua não-realização e seu desprestígio constituem frutos da abordagem economicista dos mesmos e constitui um instrumento de introdução da “justiça do mundo dos peixes” em nosso mundo.

A censura moral às mesmas pode decorrer da constatação de que sua adoção plausivelmente acarretaria um aumento da injustiça no mundo, segundo concepções que, embora com diversos fundamentos, são amplamente compartilhadas.²⁰⁵⁷ Como ensina Sen,

²⁰⁵⁵ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁵⁶ Hans Küng defende que tanto no campo político quanto no econômico não se devem tolerar situações humanas indignas, mas promover a dignidade humana, por mais difícil que seja. KÜNG, H. *op. cit.* pp. 288-289.

²⁰⁵⁷ A assunção de uma Teoria Moral informada por um darwinismo social que consinta com a luta pela vida e com a sobrevivência do mais forte merece ser rechaçada. Observa Hans Küng que “para contrapor-se à crescente economização da vida é indispensável uma reflexão crítica sobre os fundamentos que comece por *questionar as premissas normativas das posições econômicas*, quer se trate de pressupostos explícitos ou de hipóteses vagas. Para tanto é necessário levar em consideração antes de mais nada que a economia e o Estado existem para o homem, pelo que as instituições estatais e econômicas não apenas terão de ser expressão do poder, mas também deverão *responder sempre à dignidade do homem.*” KÜNG, H. *id.* p. 288.

“como o exemplo de *matsyanyaya* deixa claro, o tema da justiça não diz respeito apenas à tentativa de alcançar – ou sonhar com a realização de – uma sociedade perfeitamente justa ou arranjos sociais justos, mas à prevenção de injustiças manifestamente graves (como evitar o terrível estado de *matsyanyaya*)”.²⁰⁵⁸

Merecem, portanto, ser completamente rechaçadas as teorizações economicistas dos direitos calcadas na perspectiva dos custos, bem como a proposta posneriana de se construir uma concepção de Ética e de justiça a partir da eficiência como maximização da riqueza, assim como visões que propugnam a preponderância absoluta da eficiência em face da equidade e da justiça distributiva, como aquelas de Kaplow e Shavell.

Tais pretensões merecem ser substituídas por outras interlocuções entre Direito, Economia e Ética, à luz de uma Teoria da Justiça como a proposta por Sen, focada em realizações e não apenas em instituições, e que leve em consideração a vida que as pessoas podem realmente viver e a liberdade de que efetivamente dispõem, sem a pretensão de um consenso unânime sobre princípios ideais, mas a partir da possibilidade de acordos razoáveis sobre a injustiça de determinadas situações, com diversos fundamentos possíveis.

Outras perspectivas éticas parecem padecer de alguns problemas dificilmente contornáveis. Observe-se que o recurso à abstração na Ética, assim como na Economia, permite passar por alto em questões tormentosas, através da exclusão de informação.

Evidencia Amartya Sen que “em grande medida, cada abordagem avaliatória pode ser caracterizada segundo sua base informacional: as informações que são necessárias para formar juízos usando essa abordagem e – não menos importante – as informações que são ‘excluídas’ de um papel avaliatório direto nessa abordagem.”²⁰⁵⁹

²⁰⁵⁸ SEN, A. **Ideia de justiça** *cit.* p. 51.

²⁰⁵⁹ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade** *cit.* p. 74. Assim também a visão de Hayek é passível de ter suas limitações evidenciadas, pois o ceticismo gnoseológico que a informa exclui

Em parte as limitações da perspectiva centrada em instituições transcendentais decorrem deste problema de informações incluídas e excluídas.²⁰⁶⁰ Assim, exemplificativamente,

na forma clássica do utilitarismo, como desenvolvido particularmente por Jeremy Bentham, define-se a utilidade como prazer, felicidade ou satisfação, e portanto tudo gira em torno dessas realizações mentais. Questões potencialmente importantíssimas como a liberdade substantiva individual, a fruição ou a violação de direitos reconhecidos e aspectos da qualidade de vida não refletidos de forma adequada nas estatísticas sobre prazer não podem influenciar diretamente uma avaliação normativa nessa estrutura utilitarista.²⁰⁶¹

Outros problemas informacionais assolam o utilitarismo, de acordo com Sen. Como observa este autor, a perspectiva utilitarista negligencia a efetiva distribuição das utilidades e é insensível a ela, concentrando-se sobre a utilidade total de todos aqueles que são conjuntamente considerados²⁰⁶², no que se afigura bastante semelhante à perspectiva maximizadora da riqueza ou efficientista, como visto.

Afirma Sen que “tudo isso proporciona uma base informacional muito restrita, e essa insensibilidade generalizada constitui uma limitação significativa da ética utilitarista.”²⁰⁶³

O utilitarismo, apesar de ostentar vários problemas – inclusive o relativo às comparações interpessoais de felicidade – tem sido a teoria ética dominante há bastante tempo, tendo influenciado a Economia do Bem-estar.²⁰⁶⁴

informação que é extremamente relevante para nosso conhecimento sobre o mundo e o julgamento da realidade.

²⁰⁶⁰ Para outra ilustração lúdica de Sen sobre a relação entre a base informacional e os juízos éticos além do exemplo da flauta e das três crianças veja-se a parábola de Annapurna, Dinu, Bishanno e Rogini em SEN, A. *id.* p. 72. Observa Sen que em geral “não se permite que as informações excluídas tenham influência direta sobre os juízos avaliatórios e, embora isso muitas vezes seja feito de um modo implícito, o caráter da abordagem pode ser fortemente influenciado pela insensibilidade às informações excluídas.” SEN, A. *id.* p. 74.

²⁰⁶¹ SEN, A. *id.* p. 75.

²⁰⁶² SEN, A. *ibid.*

²⁰⁶³ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁶⁴ SEN, A. *id.* p. 77.

Tal corrente de pensamento ostentaria três características essenciais, como demonstra Sen, a saber, o consequencialismo, o “*welfarismo*” e o *ranking* pela soma. A primeira característica consiste em julgar as escolhas – sejam elas ações, normas ou instituições – por seus resultados.²⁰⁶⁵ Segundo Sen, em função de tal característica, para a abordagem utilitarista, nada além das consequências importa.²⁰⁶⁶

O “*welfarismo*”, por sua vez, traduz-se na restrição dos juízos sobre estados de coisas às utilidades, ou seja, no julgamento de toda escolha pelas utilidades que ela gera.²⁰⁶⁷ O *ranking* pela soma (*sum-ranking*) se expressa na exigência de que as utilidades de diferentes pessoas sejam somadas em conjunto, simplesmente, com vistas a se obter um juízo sobre seu mérito agregado, independentemente da distribuição do total entre os indivíduos.²⁰⁶⁸

De tais características, Sen sumariza a Teoria da Justiça utilitarista, observando que “nessa visão utilitarista, define-se *injustiça* como uma perda agregada de utilidade em comparação com o que poderia ter sido obtido. Uma sociedade injusta, nessa perspectiva, é aquela na qual as pessoas são significativamente menos felizes, consideradas conjuntamente, do que precisariam ser.”²⁰⁶⁹

A semelhança com as ponderações efficientistas examinadas neste capítulo a partir do pensamento de autores como Kaplow e Shavell é evidente quanto ao particular, guardadas as devidas proporções.

²⁰⁶⁵ SEN, A. *id.* pp. 77-78. O consequencialismo faz com que a abordagem utilitarista rechace algumas teorias normativas que considera como certos determinados princípios independentemente de seus resultados. SEN, A. *id.* p. 78.

²⁰⁶⁶ SEN, A. *ibid.* O autor chama a atenção para a possibilidade de diferentes julgamentos a partir daquilo que é ou não incluído no rol de consequências.

²⁰⁶⁷ SEN, A. *ibid.*: “Por exemplo, qualquer ação é julgada segundo o estado de coisas consequente (devido ao consequencialismo), e o estado de coisas consequente é julgado de acordo com as utilidades desse estado (devido ao *welfarismo*).

²⁰⁶⁸ SEN, A. *ibid.*: “Ou seja, a soma das utilidades deve ser maximizada sem levar em consideração o grau de desigualdade na distribuição das utilidades.”

²⁰⁶⁹ SEN, A. *ibid.*

Ao avaliar os méritos do utilitarismo, Sen observa a falta de um mecanismo para a realização das comparações interpessoais de utilidade, que tem exigido o recurso a expedientes indiretos, como escolhas ou preferências.²⁰⁷⁰

Para o autor, seriam contribuições importantes do utilitarismo a sensibilidade à análise dos resultados das disposições sociais para seu julgamento, bem como para o bem-estar das pessoas envolvidas.²⁰⁷¹

Por outro lado, Sen aborda igualmente as limitações do utilitarismo, também associadas à sua base informacional, especialmente a indiferença distributiva e o descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade.²⁰⁷²

Como observa Sen, de um lado “o cálculo utilitarista tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade”, importando apenas sua soma total. Além disso, “a abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicações de direitos e liberdades”, que são valorizados apenas de forma indireta e no grau em que influenciem as utilidades.²⁰⁷³

Esse instrumentalismo relativamente aos direitos é compartilhado pela perspectiva utilitarista e pelas concepções efficientistas, como examinado no item destinado à revisão crítica dos resultados da análise econômica dos direitos.

Quanto à perspectiva liberal de John Rawls em sua Teoria da Justiça, Sen observa trata-se de um enfoque caracterizado pela prioridade da liberdade formal, conforme denominação do próprio autor da mesma.²⁰⁷⁴

²⁰⁷⁰ SEN, A. *id.* p. 79.

²⁰⁷¹ SEN, A. *id.* pp. 79-80. A sensibilidade aos resultados exclui as abordagens puristas e permite que a avaliação de instituições – a propriedade, e.g. – seja, pelo menos parcialmente, baseada em suas consequências. Já a sensibilidade para o bem-estar humano demonstra certa superioridade ao julgar resultados em face de outras abordagem baseadas apenas em características abstratas e distantes dos estados de coisas. SEN, A. *id.* pp. 80-81.

²⁰⁷² SEN, A. *id.* p. 81.

²⁰⁷³ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁷⁴ SEN, A. *id.* p. 83.

Admitindo que tal prioridade no pensamento de Rawls é moderada se comparada com aquela sustentada por Nozick, Sen observa que ela se traduz em uma concepção na qual os direitos prioritários constituem essencialmente diversas liberdades formais pessoais, e alguns direitos civis e políticos básicos.²⁰⁷⁵ Em tais teorizações, esses direitos devem receber total precedência, não podendo ser comprometidos por força das necessidades econômicas.²⁰⁷⁶

Como observa Sen, o argumento da prioridade das liberdades formais pessoais merece ser questionado, recordando da questão levantada por Hart sobre qual a razão em se conferir prioridade àquelas em face de necessidades econômicas intensas que se revelem questões de vida ou morte.²⁰⁷⁷ Segundo Sen, a prioridade das liberdades formais não deve ser tal que possibilite que necessidades econômicas sejam facilmente desconsideradas.²⁰⁷⁸ O tema obviamente prende-se à discussão preliminarmente levada a cabo acerca da justiça distributiva e à temática da satisfação das necessidades.

Sen borda ainda a perspectiva libertarista representada por Robert Nozick, que, com sua ênfase nas liberdades formais e procedimentais em detrimento das liberdades substantivas a que se refere Sen, também apresentam limitações em suas bases informacionais que são prenes de consequências.²⁰⁷⁹

²⁰⁷⁵ SEN, A. *ibid.* Sen distingue esta perspectiva da libertarista, que considera que uma ampla gama de direitos possuiriam precedência política quase absoluta sobre outros objetivos sociais, aí incluídas a eliminação da privação e da miséria. Observa o autor que “esses direitos assumem a forma de ‘restrições colaterais’, que não podem absolutamente ser violadas. Os procedimentos que são arquitetados para garantir os direitos, que têm de ser aceitos independentemente das consequências que eles possam advir, não estão no mesmo plano (reza o argumento) que as coisas que podemos julgar desejáveis (utilidades, bem-estar, igualdade de resultados ou de oportunidades etc.). Portanto, nessa formulação, a questão não é a *importância comparativa* dos direitos, mas sua *prioridade absoluta*.” SEN, A. *ibid.*

²⁰⁷⁶ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁷⁷ SEN, A. *ibid.* Consigne-se o reconhecimento do argumento pelo próprio Rawls na obra *Liberalismo político*. SEN, *id.* p. 84.

²⁰⁷⁸ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁷⁹ SEN, A. *id.* p. 76. Como observa o autor indiano, o cálculo de utilidade subjetiva pode ser por demais injusto com os persistentemente excluídos: “Assim, é importante não só levar em conta o fato de que, na escala de utilidades, a privação dos persistentemente destituídos pode parecer abafada e silenciada, mas também favorecer a criação de condições nas quais as pessoas tenham oportunidade reais de julgar o tipo de vida que gostariam de levar. Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às

Na Teoria da Justiça de Nozicki os 'intitamentos' em favor das pessoas em decorrência de tais direitos não poderiam ser suplantados por seus resultados, independentemente do quão perniciosos estes pudessem se revelar.²⁰⁸⁰ Como observa Sen

a prioridade inflexível dos direitos libertários pode ser particularmente problemática, pois as consequências reais da operação desses intitamentos podem incluir resultados terríveis. Em particular, pode conduzir à violação da liberdade substantiva dos indivíduos para realizar as coisas às quais eles têm razão para atribuir enorme importância, como escapar à mortalidade evitável, ser bem nutrido e sadio e saber ler, escrever e contar etc.²⁰⁸¹

Ou seja, perspectivas calcadas dogmáticamente em direitos podem ser igualmente perniciosas, dependendo de quais os direitos aprioristicamente selecionados e afirmados como intangíveis, caso do libertarismo de Nozick.

Acertadamente, afirma Sen autor que a importância das liberdades substantivas não pode ser descartada com base na justificativa de uma suposta prioridade da liberdade formal.²⁰⁸²

As limitações morais de uma Teoria da Justiça como tal são demasiado severas, como evidencia Sen ao ponderar que fomes coletivas gigantescas, subnutrição regular e fome endêmica são fenômenos compatíveis com situações em que direitos libertários, como a propriedade, estejam sendo inteiramente respeitados.²⁰⁸³ A manifesta injustiça de tais situações denuncia o caráter insuficiente daquelas concepções éticas.

peças oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade. Essas considerações requerem uma base informacional mais ampla, concentrada particularmente na capacidade de as pessoas escolherem a vida que elas com justiça valorizam," SEN, A. *id.* p. 82.

²⁰⁸⁰ SEN, A. *id.* p. 85.

²⁰⁸¹ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁸² SEN, A. *ibid.*

²⁰⁸³ SEN, A. *id.* p. 86.

Segundo Sen, “a proposta de uma teoria da prioridade política independente de consequências é prejudicada por implicar uma considerável indiferença às liberdades substantivas que as pessoas acabam tendo ou não.”²⁰⁸⁴

Afirma ele não se poder aceitar simples regras processuais independente das consequências, mesmo que extremamente aflitivas e inaceitáveis para a vida dos envolvidos. O autor observa que o raciocínio consequencialista possuiria uma vantagem sobre o libertário neste particular, por ser compatível com as liberdades formais sem desconsiderar a influência real dos procedimentos sobre as liberdades substantivas realmente fruídas pelas pessoas.²⁰⁸⁵

Evidenciando outros problemas da abordagem libertarista, Sen observa que sua base informacional é demasiadamente restrita, seja por desconsiderar as variáveis presentes nas perspectivas welfarista e utilitarista, já vistas, como também por negligenciar as liberdades substantivas mais básicas. Como evidencia Sen, “precisamos de uma base informacional mais ampla para a justiça.”²⁰⁸⁶

Uma Teoria da Justiça adequada para orientar a Economia e sua análise do campo jurídico deve levar em consideração, portanto, aspectos relativos não apenas às liberdades formais, mas também às liberdades substantivas das pessoas. Isso está diretamente vinculado ao problema das rendas e recursos e seu impacto nas liberdades.²⁰⁸⁷

A perspectiva focada em realizações adotada por Sen pode evidenciar claramente outros aportes que a Economia pode proporcionar para a compreensão da justiça e da Ética, uma vez que trabalha com escassez e com recursos, podendo auxiliar na busca da satisfação das necessidades e do aumento da equidade.

Embora talvez seja impossível definir o que é justiça, isso não significa que seja impossível emitir juízos morais sobre a injustiça de certas situações,

²⁰⁸⁴ SEN, A. *ibid.* Ao que aduz: “desconsiderar as consequências em geral, inclusive as liberdades substantivas que as pessoas conseguem ou não exercer, não pode constituir uma base adequada para um sistema avaliatório aceitável.” SEN, A. *ibid.*

²⁰⁸⁵ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁸⁶ SEN, A. *ibid.*

²⁰⁸⁷ SEN, *id.* p. 92 e ss.

independentemente do fundamento, valendo-se da espécie de consenso sobreposto sugerido por Sen.

Em busca de uma concepção de Justiça adequada e focada em realizações, e não em instituições transcendentais, perfeitas, inatingíveis e, portanto, inúteis, é possível realizar uma análise dinâmica de estados econômicos quanto à sua equidade e quanto à vida concreta que as pessoas podem viver, a partir da análise, por exemplo, da satisfação de suas necessidades básicas.

Com a renúncia à busca de uma concepção teórica final acerca da justiça perfeita é possível adotar elementos empíricos para indicar situações de manifesta injustiça que reclamam correção urgente. Em lugar de buscar utopicamente extinguir a injustiça pode-se buscar mecanismos passíveis de existir capazes de contribuir para com a redução da injustiça no mundo.

Um indicador como o de Necessidades Básicas Insatisfeitas – NBI, da Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL pode auxiliar a emitir um juízo sobre a injustiça da situação econômica e social de diversos países, indicando a necessidade de correção urgente.

Com efeito, a privação humana com relação à satisfação de necessidades básicas, como alimento, água potável, moradia e saneamento básico, apontam no sentido de uma flagrante e severa injustiça.

Elementos como estes podem proporcionar a elaboração de um juízo ético sobre a operação de instituições concretas e sobre os méritos morais de formas específicas de organização da sociedade e da economia.

A amplitude da base informacional revela-se determinante para a formulação de um juízo acerca da justiça ou injustiça de uma situação, como adverte Amartya Sen.

O presente trabalho evidenciou que a base informacional proporcionada pela Economia é absolutamente insuficiente para possibilitar uma visão abrangente e adequada do Direito, e ainda mais para fundamentar uma Ética e uma Teoria da Justiça passíveis de se levar a sério.

Foi possível formular um juízo negativo acerca do mérito moral da Análise Econômica do Direito a partir de vários elementos, especialmente de sua visão instrumentalizadora ou erosiva dos direitos e de sua incapacidade em conciliar-se com noções bastante elementares e difundidas de justiça.

A tensão constante entre os conceitos econômicos de eficiência e os conceitos de Justiça corretiva, distributiva e outros evidencia as limitações da contribuição da Economia para com o campo jurídico. Tais problemas apontam para a necessária reformulação de aspectos importantes da Ciência Econômica e da Análise Econômica do Direito, ou para a conexão da mesma com uma Teoria da Justiça adequada, para tornar seus resultados aceitáveis.

Uma orientação ética e a adoção de uma Teoria da Justiça são inadiáveis, e ao que parece as éticas filiadas ao institucionalismo transcendental não constituem opções satisfatórias.

A Teoria da Justiça focada em realizações proposta por Sen parece estar melhor aparelhada para contribuir na solução do problema, ao julgar a justiça ou injustiça de uma situação e das instituições a partir das liberdades substantivas e das vidas que as pessoas podem concretamente viver.

5 CONCLUSÃO

Efetivamente, a inteligência que só sabe separar fragmenta o complexo do mundo em pedaços separados, fraciona os problemas unidimensionalmente o multidimensional. Atrofia as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando assim as oportunidades de um julgamento corretivo ou de uma visão a longo prazo. Sua insuficiência para tratar nossos problemas mais graves constitui um dos mais graves problemas que enfrentamos. (Edgar Morin).

O presente trabalho trouxe contribuições para refutar as atuais visões e teorias econômicas sobre o Direito oriundas do pensamento de autores como Hayek e Posner, buscando-se indicar as bases para a necessária elaboração de uma nova proposta sobre a forma como a interação entre os dois campos do saber deve ocorrer sob nosso ponto de vista. O presente estudo rejeita algumas visões específicas de tal interlocução, e não à própria possibilidade de diálogo interdisciplinar entre estes campos.

Primeiramente, deve-se afastar as noções simplistas que, partindo do desconhecimento de parte significativa dos juristas acerca da Economia e de sua história, acata dogmas marginalistas e subjetivistas como verdades irrefutáveis e autoevidentes, cabendo recordar as dissensões do pensamento econômico e as limitações e problemas de algumas daquelas teorizações, evidenciadas inclusive empiricamente, como exposto no Capítulo III.

A incursão inicial na História do Pensamento Econômico, realizada no Capítulo I, revelou-se capaz de evidenciar as tensões que existiram e que existem ainda no campo, traduzidas nas dissensões analíticas, teóricas, metodológicas, éticas e ideológicas, os diversos paradigmas – ou perspectivas – rivais existentes, e representadas pelas várias revoluções e contrarrevoluções ocorridas na Economia.

A partir da análise dos frutos da perspectiva marginalista-subjetivista, através de tendências teóricas como o neoclassicismo e o novo classicismo, foi possível evidenciar as transformações da Economia e demonstrar suas limitações heurísticas, analíticas e éticas.

Demonstrou-se que, tal como concebida na contemporaneidade, a Teoria Econômica é incapaz de dar trato adequado à multidimensionalidade característica do fenômeno jurídico, sendo necessárias reformulações no que diz respeito ao

conceito, objeto, categorias analíticas, teorias e métodos de investigação da Economia, no sentido de seu aprimoramento.

Rechaça-se, portanto, esta Economia dogmática insipiente e os seus resultados, em seu próprio campo e em outros campos, como no campo jurídico.

Conhecida a matriz teórica das atuais análises do jurídico a partir do campo econômico, a partir da incursão realizada no Capítulo I, evidenciaram-se as vertentes da visão ou análise econômica do Direito representadas pelas teorizações de Friedrich August Von Hayek e Richard Allen Posner no Capítulo II.

Tal exposição demonstrou os fundamentos teóricos e retóricos utilizados por tais autores para sustentar uma visão do Direito calcada na defesa do livre mercado, na promoção da eficiência e na defesa da riqueza como critério máximo de julgamento das instituições jurídicas.

Embora as visões de Hayek e Posner sejam diversas, como visto, convergem em aspectos importantes. Ambos defendem o sistema capitalista e o livre mercado, que pressupõem superiores a quaisquer outros meios de alocação de recursos e a outras formas de organização social.

Com uma retórica de liberdade e ceticismo gnosiológico, Hayek critica o planejamento econômico e defende o mercado capitalista como uma ordem espontânea desprovida de fins embora, em realidade e na prática, isso signifique defender o *status quo* da organização econômica da sociedade, naturalizando-o e tentando imunizá-lo frente a qualquer tentativa de intervenção estatal.

Seu ceticismo gnosiológico desborda em um ceticismo ou niilismo ético, numa recusa acerca da possibilidade de um julgamento sobre os méritos morais da operação do capitalismo desregulado na ordem de livre mercado que propõe.

A recusa à intervenção do Estado no campo do mercado redundava comumente na legitimação de desigualdades engendradas pela organização do sistema econômico e por sua operação, em prejuízo da realização da vida das pessoas que, privadas de recursos econômicos e de políticas públicas compensatórias, são condenadas à própria sorte em um darwinismo social selvagem, resultado que não incomoda Hayek.

Posner, por sua vez, parte de um projeto interdisciplinar de investigação do campo jurídico a partir de categorias econômicas para, ao final, sustentar uma Teoria do Direito e uma Teoria da Justiça que aqui se compreendem como teratológicas.

As concepções de Direito e de Justiça sustentadas por Posner, eficientistas e, mais do que isso, plutocráticas, eis que calcadas no princípio da maximização da riqueza, apartam-se das mais basilares noções de justiça que permearam o pensamento humano ao longo da História, como as variadas noções de justiça formal ou de justiça distributiva.

Especialmente no campo da justiça distributiva, uma análise baseada exclusivamente na alocação eficiente e na maximização de riqueza revela-se inconciliável com padrões mínimos de equidade – em sentido econômico de distribuição –, expondo-se quanto a este ponto as fragilidades de uma pretensão tão ambiciosa quanto a de Posner no sentido de fundar o Direito e a Justiça no conceito de maximização da riqueza.

Algumas noções inerentes às visões economicistas do Direito sustentadas por orientações como as representadas pela Escola Austríaca e pela Escola de Chicago devem ser rejeitadas por seus resultados na seara jurídica, assim como nos campos político, econômico, social e outros.

Concepções como aquela sustentada por Hayek, no sentido de que apenas a justiça formal seria compatível com o Estado de Direito, e que qualquer tentativa de promoção de ideais de justiça distributiva, em qualquer grau, destruiria o último, merecem ser rechaçadas, por tudo quanto aqui foi estudado.

Além de tratar-se de uma visão empobrecedora da justiça, concebendo esta apenas como o tratamento igual perante a lei, ainda há que se observar que, contrariamente ao pressuposto pelo pensamento hayekiano, não apenas leis inspiradas em fins distributivos afetam pessoas determinadas de determinada maneira. Também o Direito formal defendido pelo austríaco o faz, legitimando os resultados nefastos da livre operação do mercado em benefício de grupos determináveis de pessoas e em prejuízo de grupos determináveis de pessoas.

Também a recusa veemente do planejamento, no sentido extremamente amplo empregado pelo autor austríaco, há que ser revista e desserve para fundamentar uma compreensão adequada das relações entre Estado, Direito, sociedade e economia, vistos os problemas sociais, econômicos, ambientais e outros engendrados pelo mercado e a torrente de evidências no sentido da ausência de um caráter autorregulador do mercado e da correlata necessidade de sua regulação.

Esta revela-se uma questão importante, pois vincula-se ao objetivo de promoção de justiça através da atuação estatal e jurídica. A concepção ora sustentada, no entanto, não deve ser considerada de forma simplista, como se toda regulação e intervenção do Estado e do Direito no sistema econômico fosse inspirada em ideais de justiça ou promovesse a justiça, o que evidentemente não corresponde à realidade.

Não se reputa legítima, portanto, qualquer espécie ou grau de intervenção estatal na economia, por um lado, mas não se aceita, por outro, o liberalismo extremado e inconsequente que subjaz às concepções econômicas contemporâneas que fundamentam a análise do Direito a partir da economia.

Em suma, concepções do Direito calcadas na economia ortodoxa nada mais fazem do que buscar legitimar ou naturalizar os resultados indesejáveis da operação do modo de produção capitalista em busca do maior lucro possível, à revelia de quaisquer considerações sobre os efeitos éticos e sociais da operação de suas instituições.

Servem para ilustrá-lo concepções como a “Lei de Pareto” sobre a renda, que, considerando esta como equivalente às habilidades e aos talentos, desconsidera a desigualdade econômica, a desigualdade de oportunidades, o poder e outros fenômenos que comprometem a justiça, sendo resgatadas, ainda que sob novas roupagens teóricas e retóricas, por autores como Posner e Hayek.

Além disso, a concepção reducionista da Economia como o estudo da alocação racional de recursos escassos entre finalidades disjuntivas, e todas as teorizações comportamentais decorrentes, embora possam auxiliar na compreensão de alguns aspectos da interação humana e do fenômeno jurídico, não são capazes de reconstruir fidedignamente todas as motivações e facetas do comportamento humano.

Toda a teoria da racionalidade que embasa o saber econômico convencional pode e deve ser problematizada. Além de cuidados especiais com as premissas e simplificações extremas da racionalidade instrumental presente na Teoria da Escolha Racional, esta merece ser complementada com uma racionalidade por correspondência e por uma racionalidade reflexiva, tal como sustentado por Amartya Sen.

Com efeito, as reflexões do economista indiano evidenciam o quão insuficientes podem ser as inferências extraídas acerca da racionalidade do

comportamento apenas a partir da condição de consistência, fazendo-se necessário investigar, além da adequação dos meios, a racionalidade dos fins perseguidos.

A racionalidade reflexiva, por sua vez, faz-se necessária para o julgamento acerca do mérito moral da qualquer conduta e sua presença se faz necessária a partir do momento que se sustente a necessidade da observância de patamares éticos mínimos no comportamento humano em geral e no comportamento econômico em particular, ressalvada a adoção de uma concepção ética puramente formal e procedimentalista, que aqui se reputa insatisfatória e insuficiente.

Além desses aspectos, de suma importância para a revisão crítica da Análise Econômica do Direito e outras visões econômicas do jurídico, há que se refutar as implicações normativas implícitas no modelo supostamente positivo do *homo economicus* e de sua racionalidade maximizadora, matizando o pressuposto egoístico e maximizador com outros aspectos, como o comportamento comprometido com valores.

É particularmente importante ponderar que a racionalidade maximizadora da riqueza não pode ser considerada nem o fim exclusivo ou principal do comportamento humano e, menos ainda, a finalidade principal do Direito, seja em sua elaboração pelo legislador, seja em sua interpretação e aplicação pelo julgador, pelo que a teoria posneriana da adjudicação deve ser refutada.

Insta observar que o saber convencional que embasa visões como a de Posner possibilita falar em uma Teoria da Justiça como eficiência a partir de concepções específicas sobre o valor, a vida e a sociedade.

Tais visões propugnam uma civilização do dinheiro, para, a partir dos dogmas subjetivistas, conceber a vida tal qual um leilão no qual os recursos devem ser alocados nas mãos daqueles que querem e podem pagar mais por eles, propondo uma teratológica concepção plutocrática de justiça e mesmo uma ética plutocrática, concepções estas que ofendem as noções mais elementares de justiça e de ética que têm sido sustentadas e estudadas ao longo da História.

A recusa à visão ideologizada acerca da interação entre Estado, Direito e mercado, bem como às noções eficientistas de Direito, Justiça e Ética encontram-se vinculadas. Há que se recusar as concepções do Estado maximizador de riqueza, ínsita à perspectiva do livre mercado, substituindo-a pela concepção do Estado maximizador de bem-estar.

Redefinindo-se o papel da Economia como auxiliar no que diz respeito ao estudo dos meios disponíveis para a satisfação das necessidades humanas, de acordo com o estabelecido através do Direito pela esfera política democrática, exclui-se sua utilização política no sentido da adoção do critério de eficiência como superprincípio da Política e do Direito.

A concepção do Estado e do Direito como instituições voltadas a proteção do ser humano e à satisfação das necessidades humanas resgata a noção de sujeição da Economia à Ética e à Política, e reclama uma fundamentação teórica da justiça.

Sustenta-se que o estudo da adequada interação de tais esferas vincula-se, no campo das Teorias da Justiça, à perspectiva focada em realizações, buscando teorizar sobre instituições, políticas e práticas reais ou possíveis capazes de reduzir a injustiça no mundo, em lugar da perspectiva focada em instituições transcendentais, que busca justiça perfeita e é, por isso, assolada que é por um problema crônico de factibilidade.

A perspectiva focada em realizações considera a vida que as pessoas podem, concretamente, viver, e busca, assim, a redução paulatina da injustiça no mundo, promovendo a justiça.

A concepção de justiça sustentada por Amartya Sen, por sua vez, renuncia à pretensão de fundamentação única ou última, admitindo um pluralismo que pode promover as bases para um consenso sobre a injustiça de certas situações e, conseqüentemente, a necessidade de sua correção.

Situações de injustiça extrema pode ser objeto de amplo consenso, como, por exemplo, a ausência de recursos necessários à satisfação das necessidades vitais básicas de algumas pessoas e, nesse contexto, instituições promotoras da satisfação de tais necessidades, como Direito e Estado, serão instituições concretas voltadas à redução da injustiça no mundo.

Nota-se, a partir desse ponto, o quão próximos podem estar os ideais de justiça distributiva do Estado de Direito, e não contrariamente, como sustentado por Hayek.

Observe-se, outrossim, que tal enfoque reserva um papel relevante à Economia no campo jurídico e político, para promover objetivos de justiça com os recursos disponíveis e com eficiência.

Além disso, observe-se que a concepção calcada nas necessidades humanas elementares faz com que os problemas de comparação intersubjetiva de utilidade

desapareçam, sem necessidade ao recurso da comparação indireta da utilidade pela disposição em pagar, que tem degenerado em concepções plutocráticas.

Diferentemente da utilidade subjetiva, certas necessidades humanas são básicas e sua satisfação ou insatisfação pode ser aferida concretamente com relação a qualquer pessoa ou contingente humano.

Os direitos podem ser compreendidos nesse contexto como o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da necessidade de satisfação de determinadas necessidades, constituindo-se, portanto, em elementos centrais para a eticidade e a justiça dos sistemas econômico, político e jurídico.

Sendo componentes importantes de diversos sistemas filosóficos e éticos, bem como de concepções bastante difundidas de justiça, os direitos podem conferir um ponto de vista privilegiado sobre a operação e os efeitos concretos da análise econômica sobre a justiça que informa as variadas concepções de Direito. Assim, a exploração dos resultados das diferentes concepções econômicas sobre os direitos revela-se esclarecedora sobre a eticidade da concepção do jurídico sustentada a partir do econômico.

Direitos e justiça encontram-se intimamente relacionados no imaginário filosófico, político e jurídico contemporâneo, e os direitos prestacionais sociais diretamente vinculados a noções de justiça distributiva.

A perspectiva centrada nos custos dos direitos revelou-se deletéria relativamente aos direitos da pessoa humana, na medida em que os concebe contingenciados relativamente ao princípio da escassez e suas implicações, considerando-os alocações seletivas de recursos e recusando-lhes características que sempre foram essenciais aos mesmos, como a indisponibilidade.

Além disso, tal perspectiva revela-se enganosa ao abordá-los apenas como geradores de custos, como visto. A perspectiva pragmática, por sua vez, revela-se um pouco mais razoável, na medida em que reconhece a racionalidade em se instituírem direitos e é compatível com a noção de redução de custos pela instituição de direitos.

De todo modo, continuando presa a uma racionalidade egoísta e autointeressada, acaba por instrumentalizar os direitos, concebendo-os não como algo valioso em si mesmo, por favorecer uma vida humana plena, mas como algo instrumental, notadamente como investimentos em segurança ou proteção.

A concepção da Economia dos Direitos, por sua vez, revela-se melhor aparelhada para analisar a temática, pois reconhece não apenas a capacidade dos direitos em operar como redutores de custos e promotores de eficiência, mas, ainda, a necessidade de reconexão da Economia com a Ética, restaurando a centralidade da pessoa como algo valioso em si mesmo, cujas necessidades devem ser atendidas pela Política, pelo Direito e pela Ética.

A Teoria dos Custos do Homem de Perroux revela-se particularmente importante nesse contexto, pois insiste nos custos necessários para uma vida humana digna e evidencia que seu caráter urgente reclama sua satisfação.

O humanismo científico propugnado pelo economista francês revela-se capaz de superar alguns dos principais inconvenientes das análises econômicas convencionais dos direitos.

É necessário justificar, por outro lado, por que razão faz-se necessária a reconexão da Economia com a Ética, através de uma Teoria da Justiça, para uma Análise Econômica do Direito adequada.

Como visto, em decorrência do conceito restrito de Economia adotado na atualidade, bem como do objeto limitado da Ciência Econômica, de sua amoralidade e do caráter extremamente restrito dos conceitos contemporâneos de eficiência, as análises econômicas de fenômenos extramercado – entre eles o Direito – têm se revelado insatisfatórias em seus resultados.

Em geral a relação entre eficiência e justiça tem sido considerada antitética, concebendo-se que por vezes a eficiência implica renúncia à justiça e que, por vezes, a justiça implica renúncia à eficiência. Isso se deve à concepção restrita de eficiência que grassou no campo econômico, indiferente, como já examinado, a questões relativas à justiça ou à equidade.

Embora teoricamente possível, como sustentado por Calsamiglia e Barberà, a coincidência entre eficiência e justiça depende, em princípio, da redefinição de um dos termos. A tentativa de fazer coincidir eficiência e justiça, nesse sentido, pode se traduzir na opção de um entre dois expedientes alternativos.

A primeira possibilidade de sustentar a coincidência entre eficiência econômica e justiça seria reduzir a última à primeira, sinonimizando os conceitos, à moda de Kirzner ou Posner, o que, como visto, pode ser reputado inadmissível por seus efeitos.

O segundo meio de se conciliar eficiência e justiça implicaria a redefinição do conceito de eficiência, fazendo com que eficiência abrangesse não apenas a alocação dos recursos, mas também a equidade. Ou ainda, em um projeto mais ambicioso, talvez fosse necessário redefinir a própria Economia.

Nesse caso far-se-ia necessária uma redefinição do enfoque da Ciência Econômica que necessariamente repercutiria sobre variados aspectos teóricos, analíticos e metodológicos da lúgubre ciência.

Entre outras coisas, para a superação das limitações aqui expostas no que diz respeito aos aspectos éticos da Economia e para a conciliação, por esse itinerário, de justiça e eficiência, far-se-iam necessárias inclusive a redefinição do objeto de pesquisa do campo.

A Economia teria que deixar de ser definida de maneira ampla como o estudo da humanidade nos assuntos correntes da vida, ou, mais especificamente, como o estudo da alocação racional de recursos escassos entre opções reciprocamente excludentes.

Já se visitaram no presente trabalho possíveis concepções de Economia renovadas, capazes de dar vazão a uma visão da Economia a serviço do homem e, portanto, compatíveis com uma Ética humanista. São exemplo as concepções de Kropotkin e Perroux.

Como visto, Kropotkin definia a Economia como o estudo das necessidades humanas e dos meios de satisfazê-las com o menor dispêndio possível de forças humanas, conceito perfeitamente capaz de proporcionar uma visão diversa da Economia nos termos aqui hipotetizados.

Do mesmo modo, Perroux contribui para com a possibilidade aventada ao preconizar uma visão da Economia como o estudo sobre a busca dos maiores e melhores resultados benéficos com os menores custos humanos, tendo por objeto o desenvolvimento de todos os homens e de cada homem.

Assim, revisando-se o próprio conceito da Economia a partir de suas premissas tornar-se-ia possível, em tese, retirar a Economia do ambiente aético em que foi inserida e recolocá-la a serviço do homem, resgatando o conceito de saber acerca da satisfação das necessidades humanas.

Para a conciliação entre eficiência e justiça a noção basilar de eficiência, a partir da qual são feitos os julgamentos sobre os estados econômicos ou situações alocativas de recursos escassos nesse campo do pensamento, deveria igualmente ser revista.

Em lugar da conceituação da eficiência como uma situação alocativa na qual não é possível a melhoria da situação de ninguém sem o prejuízo de outrem, ou como a situação na qual os ganhos dos ganhadores superem as perdas dos perdedores, independentemente de compensação, faz-se necessária a busca de outros conceitos que permitam a reconexão pretendida entre Economia e Ética.

Apenas como exercício de demonstração das possibilidades nesse campo, convém indagar se aperfeiçoamentos em Kaldor-Hicks, por exemplo, não poderiam levar tal conceito de eficiência a ser um pouco mais consentâneo com uma abordagem ética da Economia.

Como visto, de acordo com tal conceito, reputa-se eficiente uma mudança em uma situação alocativa se após a mesma, o ganho de quem ganha com ela for superior à perda de quem perde, independentemente de compensação – esta é admitida apenas como possibilidade.

Seria possível falar em um novo conceito de melhorias potenciais em Pareto caso se definisse a mudança alocativa eficiente como aquela em que o ganho de quem ganha fosse superior à perda de quem perde e houvesse efetiva compensação.

Tal formulação teoricamente possibilitaria os ganhos de eficiência de Kaldor-Hicks sem incorrer no problema ético com que se defronta a definição como originalmente formulada. Superaria ainda o problema que, como aponta Sen, torna o critério supérfluo ou pouco convincente, caso seja possível.

Obviamente outros problemas poderiam surgir. A mudança, neste caso, teria de ser consensual à unanimidade, para evitar os problemas da comparação de utilidade intersubjetiva? Isso seria um retorno à Pareto, ao fim e ao cabo? Caso não seja necessário o consenso unânime, quem seria o árbitro a valorar a melhoria da situação dos agentes e o montante adequado da compensação posterior? Se fosse possível tal julgamento, retornar-se-ia à comparação intersubjetiva de utilidades? As

respostas para estas não podem ser aqui buscadas, mas terão de sê-lo em uma eventual tentativa de redefinição da eficiência nos termos cogitados.

Outros desenvolvimentos ainda seriam passíveis de cogitação, caso se desejasse ir além em termos de aperfeiçoamento do conceito de eficiência para compatibilizá-lo com exigências éticas.

Poderia-se cogitar outro desenvolvimento de melhorias potenciais em Pareto segundo o qual uma mudança em uma situação alocativa pudesse ser considerada eficiente se e somente se, cumulativamente: a) o ganho de quem ganha fosse superior à perda de quem perde; b) houvesse efetiva compensação e c) a situação de quem perdeu, após a compensação, fosse pelo menos igual à que tinha antes, ou melhor, em sua própria opinião.

O critério poderia ser cogitado com a fórmula “em sua própria opinião”, sendo que sua presença supera teoricamente os problemas da comparação intersubjetiva de utilidades e sua ausência os recoloca.

Em tal definição, teoricamente resolver-se-ia o problema da compensação e atender-se-ia a pressupostos éticos plausíveis sem a renúncia aos ganhos potenciais em eficiência. Obviamente, como observa Salvador Barberá, quanto mais complexo e exigente um conceito, maiores serão as dificuldades operacionais que encontrará.

Como o objeto do presente trabalho não consiste na redefinição do objeto da Economia e tampouco na redefinição dos critérios de julgamento de uma situação alocativa quanto à sua eficiência, renuncia-se aqui a tentar um aprofundamento na complexa problemática referida.

O intuito da inclusão dessas duas possíveis redefinições de eficiência compatibilizando ganhos em eficiência com princípios éticos elementares de compensação é a de demonstrar a possibilidade, ao menos em tese, de uma maior congruência entre eficiência e ética, a partir de reformulações conceituais e teóricas no campo da Ciência Econômica.

A empreitada de redefinição da Economia e do conceito de eficiência, entretanto, além de ostentar êxito duvidoso, em face do difícil ou virtualmente

impossível consenso, certamente seria de difícil consecução. Desse modo parece mais produtivo buscar um caminho alternativo para conciliar eficiência e justiça.

O outro itinerário possível para tentar conciliar eficiência e justiça, possibilitando uma interlocução adequada entre Direito e Economia e evitando os riscos revelados pela análise econômica convencional, consistiria na conexão entre a Economia e uma Teoria da Justiça.

Com efeito, tal conexão buscaria evitar o vilipêndio do homem em nome da riqueza, fruto da interação do Direito com a Economia ortodoxa amoral – ou imoral – que têm embasado a análise, esse saber convencional insipiente e aético que se deve rechaçar para que a análise econômica seja dotada de sentido.

Enfim, sustenta-se que em virtude do objeto reduzido da Economia como concebida na contemporaneidade, de seu caráter amoral e do conceito de eficiência tal qual formulado atualmente, somente com auxílio de uma Teoria da Justiça far-se-á possível realizar uma análise econômica do Direito que não se traduza em uma apologia ao dinheiro e em um vilipêndio ao homem, subvertendo a noção kantiana basilar de que as coisas possuem preço ao passo que o homem possui dignidade.

A análise da tensão entre eficiência e justiça, em suas diversas possíveis dimensões, assim como os frutos da análise econômica dos direitos da pessoa humana, evidenciaram razões importantes pelas quais as visões ortodoxas do Direito a partir da Economia merecem ser rechaçadas.

O vilipêndio e a instrumentalização dos direitos, conquistas civilizatórias protetivas do homem e orientadas, portanto, para o que se considera o valor central dos ordenamentos jurídicos democráticos contemporâneos, evidencia alguns dos limites intrínsecos e inafastáveis de uma abordagem do Direito e da justiça calcada na unidimensional categoria da eficiência econômica.

Sustenta-se, assim, a necessária revisão do enfoque da Economia com vistas à análise do campo jurídico, complementando-se os aspectos relativos à eficiência com outras dimensões que possibilitem uma compatibilização das finalidades economicistas com outras finalidades, como a da promoção da equidade.

Defende-se, portanto, a necessária reversão do processo de “amoralização” da Economia, que faz com que a mesma sirva de vetor para o afastamento ainda maior entre Direito e Ética e Direito e justiça.

Para tanto, propugna-se ser imprescindível a adoção de uma Teoria da Justiça capaz de dar vazão a um dos aspectos basilares da Economia como compreendida em suas origens, qual seja, a satisfação das necessidades humanas.

Fundamentada a necessidade de reconexão entre Economia e Ética, resta fundamentar a razão da escolha da Teoria da Justiça de Amartya Sen. Como visto, de um ponto de vista prático as Teorias de Justiça que se filiam à tradição focada em instituições transcendentais têm se revelado de parca utilidade.

Concepções teóricas sobre a justiça perfeita ideal em pouco ou nada auxiliam no processo de redução da injustiça concreta na vida das pessoas de carne e osso. Desse modo, faz-se necessária a adoção de uma Teoria da Justiça que, filiada à perspectiva focada em realizações, permita tal redução, independentemente do fundamento sobre o qual esteja assentado um juízo acerca da injustiça de uma situação.

Tal Teoria da Justiça revela-se apta em maior medida a fornecer uma base adequada para a concepção de justiça a embasar a análise econômica do campo jurídico, ao evitar a especulação sobre os arranjos ideais de justiça perfeita, mas de realização impossível.

Na busca de um projeto mais modesto e factível de redução da injustiça no mundo, o estudo da alocação e da distribuição por instrumentos analíticos, metodológicos e teóricos da Economia parece revelar-se a interação adequada entre Direito e Economia.

A Teoria de Sen possui características que virtualmente a tornam mais atrativa para embasar a intersecção entre Direito e Economia na medida em que pode superar em parte dissensos secundários sobre fundamentação e, ainda, na medida em que se preocupa com a realidade concreta e com instituições possíveis e políticas factíveis.

Acima de tudo, a Teoria da Justiça referida confere centralidade ao ser humano, convive bem com os direitos, e revela-se apta a proporcionar resultados aceitáveis de um ponto de vista ético e úteis de um ponto de vista prático.

Investigaram-se na presente tese, portanto, as características essenciais de algumas das principais visões econômicas sobre o Direito, fazendo-lhes a crítica e demonstrando limitações inerentes a qualquer abordagem do campo jurídico a partir da *mainstream Economics*.

A partir de tais insuficiências, sustentou-se a necessidade da reconexão entre a abordagem econômica e uma Teoria da Justiça apta a permitir uma visão do Direito que não vilipendie nem instrumentalize alguns dos principais fins e valores que permeiam a concepção contemporânea de Direito e alguns dos mais importantes meios de promovê-los, como os direitos e garantias sociais e os direitos de igualdade.

A pretensão de fundação do Direito, da Ética e da Justiça na eficiência ou maximização da riqueza deve ser rechaçada, buscando-se fundá-los, antes, sobre a dignidade inerente ao ser humano e, portanto, em uma concepção de justo que leve em consideração a vida que as pessoas são capazes de viver concretamente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- _____. **Política**. Trad. Pedro C. Tolens. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito: programa e guia de estudo**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BEDIN, Gilmar Antônio. **Direitos do Homem e o neoliberalismo, os**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico: tradução da 6ª edição norte-americana**. Trad. Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- BUCHANAN; J. M.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. Disponível em <<http://econlib.org/library/Buchanan/buchCv3.html>>. Acesso em: 02 mai 2013.
- BUCHHOLZ, Todd G. **Novas idéias de economistas mortos**. Trad. Luiz G. B. Chaves; Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, Alicante, n. 4, 1987, pp. 267-287.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATÃO, L. Do Tratado sobre a probabilidade à Teoria Geral: o conceito de racionalidade em Keynes. **Revista de Economia Política**, v. 12, n. 1, jan./mar. 1992, pp. 60-75.

CHARBONNIER, Pierre. *La seigneurie comme forme de protection sociale*. In : GUESLIN, André.; GUILLAUME, Pierre. **De la charité médiévale à la sécurité sociale** : Économie de la protection social du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Paris : Les Éditions Ouvrières, 1992,

CHEVALIER, Jacques. **Estado Pós-Moderno, O**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Trad. Luis M. Sander e Francisco A. da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Derecho y análisis económico**. Cidade do México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Curitiba : Juruá, 2007.

DE SOTO, Jesús Huerta. Eficiencia y justicia del capitalismo. **Suma Administrativa**, v. 1, n. 1, fev. 2006, pp. 84-101.

DE SWAAN, Abram. **Sous l'aile protectrice de l'État**. Trad. Laurent Bury. Paris : Presses Universitaires de France, 1988.

DOWNS, Anthony. **Teoria econômica da democracia, uma**. Trad. Sandra G. T. Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Questão de princípio, uma**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGLERTH, M. L'analyse économique et comportementale du droit. In: **Problèmes Économiques** n. 2.872, mar. 2005, pp. 23-29.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FEREY, Samuel. **Histoire de l'analyse économique du droit, une: calcul rationnel et interprétation du droit**. Bruxelles: Bruylant, 2008.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GALBRAITH, John Kenneth. **Pensamento econômico em perspectiva, o: uma história crítica**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira/Editora da Universidade de São Paulo: 1989.

_____. **Sociedade Afluente, a**. Trad. Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987.

GARGARELLA, Roberto. **Teorias da justiça depois de Rawls, as: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso R. Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEISTFIELD, Mark A. Efficiency, Fairness, and the Economic Analysis of Tort Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper** n. 09-26, New York University School of Law, abr. 2009, pp. 01-46.

GIDE, Charles; RIST, Charles. **História das doutrinas econômicas: desde os fisiocratas até aos nossos dias**. Trad. Eduardo Salgueiro. Rio de Janeiro: Alba, 1941.

HAYEK, Friedrich. **Caminho para a servidão, o**. Trad. Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. v. I: normas e ordem. Trad. Ana M. Capovilla et. al. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. v. II: a miragem da justiça social. Trad. Maria L. X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. III: a ordem política de um povo livre. Trad. Maria L. X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

HEILBRONER, Robert. **História do Pensamento Econômico, a.** Trad. Terezinha M. Deutsch; Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas:** do liberalismo ao fascismo. Trad. Janaína Marcoantonio; Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **Cost of Rights, The:** Why Liberty Depends on Taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico:** uma perspectiva crítica. Trad. José R. B. Azevedo e Maria J. C. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

JEVONS, Stanley. **Teoria da Economia Política, a.** Trad. Cláudia L. de Moraes. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle. **American Law and Economics Review**, vol. 1, n. 1/2, 1999,

_____. Any Non-individualistic Social Welfare Function violates the Pareto Principle. **National Bureau of Economic Research Working Paper 7051**, Cambridge, mar. 1999, pp. 1-6.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro:** inflação e deflação. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea.** Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOLACINSKI, David. **Analyse Économique des Droits de l'Homme**. Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2003.

KÜNG, Hans. **Ética mundial para la economía y la política, una**. Trad. Gilberto Canal Marcos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LINDBECK, Assar. **Economia Política da Nova Esquerda, a**. Trad. Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MACKAAY, Ejan. **L'Analyse Economique du Droit**. Tomo I. Fondements. [s.l.]: [s.e.], 2000.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia**. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da Economia Política**. Trad: Maria H. B. Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Trad. João Maia. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

MENGER, Carl. **Princípios de Economia Política**. Trad. Luiz J. Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES, A. J. A. **Introdução à Economia Política, uma.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Noção e objecto da Economia Política.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ORMEROD, Paul. **Morte da economia, a.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

PANILLO, José Bada. Ética y Economía. **Economía Aragonesa** n. 20, Zaragoza, abr. 2003, pp. 107-121.

POLINSKY, A. Mitchell. **Introducción al Análisis Económico del Derecho.** Trad. J. M. Álvarez Flórez. Barcelona: Ariel, 1985.

POSNER, Richard A. **Além do Direito, para.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Economic Analysis of Law.** 5 ed. New York: Little, Brown and Company, 1998.

_____. **Economics of Justice, the.** Cambridge: Harvard Univesity Press, 1983.

_____. **Fronteiras da Teoria do Direito.** Trad. Evandro F. e Silva et. al. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Problems of Jurisprudence, The.** Cambridge: Harvard, 1990.

RÁMIZ, Antonio Argandoña. Economía, Teoría de la Acción y Ética. **Información Comercial Española**, n. 823, jun. 2005, pp. 29-38.

RIBEIRO, Francisco Carlos. **Hayek e a teoria da informação: uma análise epistemológica.** São Paulo: Annablume, 2002.

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação.** Trad. Paulo H. R. Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

ROSANVALLON, Pierre. **Crise de l'État-providence, la**. Paris : Éditions du Seuil, 1992.

_____. **Capitalisme utopique, le**: histoire de l'idée de marché. (critique de l'idéologie économique). Paris : Éditions du Seuil, 1999.

SACCO, Rodolfo. **Anthropologie Juridique**: apport à une macro-histoire du Droit. Paris: Dalloz, 2008.

SACHS, Ignacy. **Rumo à Ecossocioeconomia**: teoria de prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.

SÁNDEZ, Salvador Barberá. Justicia, Equidad y Eficiencia. **Hacienda Publica Española**, 1978, n. 51, 1987, pp. 213-248.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Ideia de justiça, A**. Trad. Denis Bottmann; Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. v. I. Trad. Luiz J. Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. v. II. Trad. Luiz J. Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Teoria dos Sentimentos Morais**: ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização**: como dar certo. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **Freefall: free markets and the sinking of the global economy.** New York: Penguin/Allen Lane, 2010.

THERNBORN, Göran. La história no terminó. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.) **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social.** 2 ed. Buenos Aires: Libronauta Argentina, 2003, pp. 135-138.

THOMAS, Janet M.; CALLAND, Scott J. **Economia ambiental: fundamentos, políticas e aplicações.** Trad. Antonio Claudio Lot; Marta Reyes Gil Passos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas.** 3 ed. Trad. Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WALRAS, Léon. **Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura.** Trad. João G. Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. **Elementos para análise marxista do Direito.** São Paulo: Memória Jurídica, 2006.