



Aloísio da Silva Lopes Júnior

homo economicus: A métrica do pensamento analítico econômico do direito de Richard Posner

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro

Junho de 2022



Aloísio da Silva Lopes Júnior

homo economicus: A métrica do pensamento analítico econômico do direito de Richard Posner

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Prof. Dr. Adrian Sgarbi

Orientador

Departamento de Direito – PUC-RIO

Prof. Dr. Noel Struchiner

Professor Convidado

Departamento de Direito – PUC-RIO

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior

Professor Convidado

Departamento de Direito – UFRRJ

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2022.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem a autorização da universidade, do autor e do orientador.

Aloísio da Silva Lopes Júnior

Graduou-se pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP) em 2002 e Especializou-se em Direito Público pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) em 2005.

Ficha Catalográfica

Lopes Júnior, Aloísio da Silva

Homo economicus : a métrica do pensamento analítico econômico do direito de Richard Posner / Aloísio da Silva Lopes Júnior ; orientador: Adrian Sgarbi. – 2022.

75 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Análise econômica do Direito. 3. Richard Posner. 4. Evolução. 5. Métrica e método. 6. Maximização da riqueza. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para os meus pais, Aloísio (in memoriam) e Telma,
Por me ensinarem a valorizar a educação e seu poder transformador.

Agradecimentos

Inicialmente gostaria de agradecer as pessoas que, no curso do desenvolvimento deste trabalho estiveram do meu lado, ora me apoiando, ora apenas me escutando. Aloísio da Silva Lopes, Telma Jannuzzi da Silva Lopes e Marcella Barbosa Cavaliere.

Ao meu orientador, Adrian Sgarbi cujo conhecimento, ajuda, paciência, apoio foram essenciais para que eu pudesse entender os mecanismos relacionados a uma pesquisa acadêmica, sua metodologia e, sobretudo, como pesquisar de forma “eficiente”. Seu apoio e ajuda nunca serão esquecidos.

A todos os meus colegas de turma que, embora ausentes no contato disciplinar em razão da pandemia, se mostraram presentes em nossos fóruns de discussão, nos grupos formados e no apoio incondicional dado a cada módulo concluído.

Aos amigos e professores Antônio Pereira Gaio Júnior, Marcio Gil Tostes, Luiz Eduardo Barra Ailton, Leandro Fortuna, Deo Campos Dutra, Bruno Farage e Guilherme Madeira que me ajudaram, por meio de inúmeras discussões acadêmicas, sejam estas realizadas no formalismo exigido de uma sala de aula, sejam estas em bate papos nas salas dos professores.

Resumo

Lopes Júnior, Aloísio da Silva; Sgarbi, Adrian. ***homo economicus: A métrica do pensamento analítico econômico do direito de Richard Posner***. Rio de Janeiro, 2022. 75p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Richard Posner, adepto do critério analítico econômico do direito, parametrizou o desenvolvimento de sua “Teoria do Direito” na construção das decisões judiciais, elaborando, para tanto, um estudo eivado de elementos interdisciplinares descritos nas ciências jurídica e da economia, buscando, com isso, apresentar um cenário estável e seguro para aplicação do direito. Desta forma, a presente dissertação apresentará, em seu primeiro capítulo os elementos fundamentais das ciências econômicas, em especial seu conceito de eficiência, cujo escopo será essencial para o desenvolvimento do trabalho de Richard Posner. Já em seu segundo capítulo, o trabalho voltará seu olhar para o desenvolvimento e desdobramento do pensamento do autor americano, demonstrando o início de seu processo investigativo até seu giro pragmático, provocado, sobretudo, pelas intervenções e críticas de Ronald Dworkin, chegando, por fim, ao terceiro capítulo no qual o objeto de investigação será o processo de metrificação do pensamento jurídico, demonstrando a teoria da “maximização da riqueza” desenvolvida por Posner e evidenciando as razões pelas quais o autor renegou o trabalho de Pareto e de Kaldor-Hicks. Em sua conclusão, esta dissertação demonstrará o processo evolutivo do pensamento de Richard Posner, em especial o processo de metrificação da eficiência baseada na “maximização da riqueza”, que embasará o processo decisório dos Juízes e promoverá, segundo sua visão, a construção da “Teoria do Direito”

Palavras-Chaves:

Análise Econômica do Direito; Richard Posner; Evolução; Métrica e Método; Maximização da Riqueza.

Abstract

Lopes Júnior, Aloísio da Silva; Sgarbi, Adrian. ***homo economicus: The metric of Richard Posner's analytical economic thinking of law***. Rio de Janeiro, 2022. 75p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Richard Posner, adept of the economic analytical criterion of law, parameterized the development of his "Theory of Law" in the construction of judicial decisions, developing, for that purpose, a study full of interdisciplinary elements described in the legal and economic sciences, seeking, with this, describe a stable and safe scenario for the application of the law. In this way, the present dissertation will present, in its first chapter, the fundamental elements of economic sciences, especially its concept of efficiency, whose scope will be essential for the development of Richard Posner's work, in the second chapter the work will turn its gaze to the development and unfolding of the American author's thought, demonstrating the beginning of his investigative process until its pragmatic turn, provoked, above all, by Ronald Dworkin's interventions and criticisms, reaching, finally, the third chapter where the object of investigation will be the process of metrification of legal thought, demonstrating the theory of "maximization of wealth" developed by Posner and evidencing the reasons why the author disowned the work of Pareto and Kaldor-Hicks. In its conclusion, this dissertation will demonstrate the evolutionary process of Richard Posner's thought, in particular the process of metrification of efficiency based on the "maximization of wealth", which will base the decision-making process of the Judges and will promote, according to his vision, the construction of the "Theory of Law"

Keywords

Economic Analysis of Law; Richard Posner; Evolution; Metrics and Method; Wealth Maximization.

Sumário

1. Introdução	10
2. A construção econômica do direito	13
2.1. As generalidades das Ciências Econômicas	15
2.1.1. O vocábulo economia	16
2.1.2. O objeto de estudo da Ciência Econômica	17
2.1.3. O método econômico analítico	18
2.2. A fenomenologia econômica e as suas regras matrizes	19
2.2.1. Eficiência econômica	27
3. O pragmatismo jurídico de Richard Posner	32
3.1. A crise do formalismo jurídico da 1ª fase da análise econômica do Direito e a sua virada pragmática na sua 2ª fase	35
3.2. O pensamento pragmático de Richard Posner	46
3.2.1. O paradoxo da autonomia do direito na visão de Richard Posner	50
3.2.2. A virada pragmática do pensamento de Richard Posner	58
4. A metrificação do pensamento analítico econômico de Richard Posner.	65
4.1. O critério de Vilfredo Pareto e a sua aplicação no estudo embrionário da análise econômica do Direito	65
4.2. A proposta conceitual de eficiência formulada por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks e o método Kaldor-Hicks de mensuração da utilidade	69
4.3. A maximização da riqueza como elemento norteador conceitual do vocábulo eficiência	73
5. Considerações Finais	78
6. Referência	81

“Aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não
podiam escutar a música”
Friedrich Nietzsche

1.

INTRODUÇÃO

Richard Allen Posner é, sem dúvida, um dos mais influentes juristas do século XX, tendo, inclusive, no ano de 2000, sido apontado como o autor mais referenciado em artigos escritos na língua inglesa, devendo essa ocorrência à enorme quantidade de produções intelectuais, das quais podemos destacar: “*Economic Analysis of Law*”; “*Law and Literature*”, “*Law and Legal Theory in England and America*”, “*Public Intellectuals: A Study of Decline*”, “*Law, Pragmatism and Democracy*”, “*The Problem of Jurisprudence*”, “Problema da Teoria Moral do Direito”, “A Economia da Justiça”, “Para Além do Direito” e “Fronteiras da Teoria do Direito”, além de um grande número de artigos científicos publicados nas mais diversas revistas, tais como: Harvard Law Press, The University of Chicago Law Review, Oxford Law Press, entre outros periódicos, dedicando-se à divulgação da teoria do direito baseada na interdisciplinaridade ocorrida entre Direito e Economia.

Pela construção consubstanciada no pensamento analítico econômico aplicado ao direito, idealizada pelos fundadores da “Escola de Chicago”, ou como o próprio Posner costuma referir em suas obras “Análise Econômica do Direito”¹, o autor imprime “eficiência” aos processos decisórios formalizados pelos Juízes cotidianamente, visando, com isso, maximizar as riquezas postas e construir um Estado de bem-estar. Resta-se assim consignada, a Teoria do Direito aplicável naquele e nos futuros casos semelhantes.

Nas palavras do professor Ronald Coase², vencedor do Prêmio Nobel de Economia, o papel destinado a Posner na construção de uma análise do direito a partir das leis da economia sempre foi direcionado à construção de regras próprias aplicáveis aos casos postos sobre a lente do judiciário, que exerceria, dessa forma, uma dupla função. A primeira estaria voltada à resposta adequada ao problema *in loco* e a segunda voltada para o balizamento do pensamento político aplicável na construção de normas norteadoras do conjunto normativo vigente.

É importante destacar que, na atualidade, a obra de Posner não se limita apenas ao contexto americano ou mesmo aos países que adotam o sistema do “*commom law*”, estando presente e influenciando diretamente as mais diversas cortes superiores de justiça de países que adotam o sistema do “*civil law*”,

¹ Kaplow e Shavell (2002, p. 1666)

² Coase (1993, p. 248)

inclusive o Brasil. Assim, a relevância do estudo ora proposto, mostra-se oportuno e necessário, uma vez que o processo de adaptação e tropicalização da construção teórica da análise econômica do direito poderá comportar distorções, bem como inseguranças, sentido diverso da intenção descrita pelo autor na edificação do seu pensamento.

Portanto, esta dissertação possui como ponto principal o processo de construção da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, pela visão de Richard Allen Posner e a construção não linear da sua teoria, deixando, em segundo plano, as demais ramificações do pensamento analítico econômico do direito ou correntes derivativas do processo migratório observado, em especial na década de 1980, em razão das inúmeras críticas ao pensamento formalista da primeira fase da “Escola de Chicago”.

Assim, o que se pretende por este trabalho autoral é a apresentação do processo evolutivo do pensamento e obra de Richard Allen Posner, buscando descrever o processo de consolidação da “eficiência” pela “maximização da riqueza” e apresentar a metrificação proposta para a formação do processo decisório, em especial das razões pelas quais as metodologias propostas por Pareto e Kaldor-Hicks não poderiam ser aplicadas nessa oportunidade.

Para tanto e em razão da principal dificuldade evidenciada na construção desta dissertação, a ausência de uma obra mestra ou mesmo a ausência de uma continuidade nas construções teóricas do autor, subdividiu-se este trabalho em três seções, que de longe não possuem a intenção de esgotar a temática, mas que buscam apresentar uma visão histórica evolutiva da contribuição de Posner para a formação de uma “Teoria do Direito” balizada no processo cotidiano de decisão dos Juízes.

Considerando o processo interdisciplinar descrito pela “Análise Econômica do Direito”, dedicamos a primeira seção deste trabalho ao estudo dos fatores econômicos e às suas leis, visando, com isso, ofertarmos ao leitor um conjunto mínimo de conhecimento relacionado à Ciência Econômica, que será fundamental para o entendimento da construção divulgada por Posner.

Já em um segundo momento, esta dissertação teve o cuidado de construir um caminho histórico, pelas leituras das obras de Posner, da evolução do seu pensamento e das suas propostas teóricas, passando desde o formalismo observado na primeira fase da “Escola de Chicago”, até a construção pragmática observada na segunda fase do pensamento de Posner, motivada, sobremaneira, em razão das críticas ofertadas por Ronald Dworkin.

Por fim, na terceira seção proposta, entraremos no cerne deste trabalho, no qual observaremos a metrificação proposta por Pareto e Kaldor-Hicks e a construção formalizada por Posner relacionada à “maximização das riquezas” como a metodologia adequada para a mensuração do processo de “eficiência”, que visará a promoção do estado de bem-estar.

2.

A CONSTRUÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Ao iniciarmos o estudo proposto, necessária se faz a análise, mesmo que de forma suscinta, de um conjunto conceitual básico inerente à Economia, cujo conhecimento será fundamental para a completa compreensão da proposta interdisciplinar, formalizada por Richard Allen Posner e os adeptos da “Escola de Chicago”. Diante da necessidade mencionada, dedicaremos este capítulo à construção de uma linha básica de conceitos e informações inerentes à Economia, que tornará fluido o alcance da visão interdisciplinar proposta pela Análise Econômica do Direito (*Law and Economic*).

Diante do exposto, é evidente que o processo de construção de um método capaz de decifrar e evidenciar um pensamento humano possui como destino a construção de um conhecimento, que servirá para os seus sucessores como um legado. Inegavelmente, o Direito é uma forma de conhecimento derivativo de um método próprio, mas de qual método estamos falando?

Até a construção do pensamento moderno, os doutrinadores e os estudiosos do direito atribuíram relevância à ciência jurídica em relação aos demais campos científicos, evidenciando, sobre essa, um critério de unicidade, rompida apenas nos estudos elaborados, a partir do final do milênio passado. Os pilares constitutivos dessa área de concentração do pensamento humano se ruíram e o direito se conectou com outras áreas do conhecimento, passando a evidenciar metodologias híbridas e pautadas em campos diversos, sendo citado, como exemplo, a filosofia, a sociologia, a antropologia, a economia, entre outras ciências aplicadas, que buscaram fornecer a sustentação necessária para a continuidade e a evolução do pensamento jurídico.

Para tanto, o Direito aderiu a outras ciências, na busca pela validação dos seus elementos conceituais, como a Economia, em especial no que se refere a sua metodologia cartesiana organizacional e estrutural dos seus conceitos e regras. Surgiu, a partir da construção teórica, a corrente denominada “Análise Econômica do Direito” (*Law and Economic*).

No seu DNA, a Economia é uma ciência analítica, sendo o seu ponto de contato com o Direito uma métrica, capaz de quantificar interesses ou analisar os procedimentos adotados para a chegada a um determinado resultado ou, ainda, estabelecer uma probabilidade aplicável às necessidades postas, capaz de dissipar um conflito existente ou mesmo auxiliar na construção de uma lei.

Por um critério analítico econômico aplicável à teoria do direito, os idealizadores da sua construção, notadamente a “Escola de Chicago”, apropriaram-se dessas prerrogativas e, simbioticamente, formularam uma teoria. Tal princípio era consubstanciado no objetivo de eliminar os processos legislativos e decisões políticas manipuladas por grupos de interesses específicos, buscando, na sociedade, uma resposta adequada às demandas postas em julgamento, baseando, assim, o processo de escolha nas teorias relacionadas à política de mercado.

Pela construção, os adeptos da teoria econômica do direito buscaram decidir as questões postas, valendo-se dos caminhos (procedimentos) que apresentassem o menor caráter político, evitando-se o caminho da arbitrariedade. Acreditou-se que a técnica construída direcionaria a teoria do direito para um embasamento calcado na racionalidade, com o objetivo de maximizar a obtenção de resultados coerentes e satisfatórios.

Considerando os elementos introdutórios apontados, uma consequência desejada pelos adeptos da “Análise Econômica do Direito” foi de que a Economia assumisse um papel de protagonismo na construção de uma estrutura jurídica-econômica.

Nesse ponto, mostra-se necessário destacar uma primeira particularidade: o objeto de estudo das Ciências Sociais (Direito) é singular, ou seja, não admite um estudo dissociativo entre as Ciências Econômica e Jurídica, tal como igualmente não se pode experimentar, no plano da realidade, uma desvinculação do *homo juridicus*³ do *homo economics*. Essa razão é sustentada pela ideia de que a realidade se configura como una, podendo ser comprovada a partir de várias lentes e/ou ângulos, para a obtenção de uma melhor compreensão dos fatos verificados.

Diversa não é a conclusão chegada pelos operadores, tanto do direito, quanto da economia, desde a ascensão do capitalismo promovido pela revolução industrial do final do século XIX, em que a Economia, pelo seu aspecto racional e livado de carga de previsibilidade (calculável), mostrar-se-ia presente nas etapas de exploração das diversas atividades próprias da ciência jurídica, notadamente, no processo decisório. Promove-se, dessa forma, contornos mensuráveis de segurança jurídica delimitadoras da relação observada, por exemplo, laboral, entre empregador e empregado, como bem caracterizado por Weber (1968, p. 251).

³ Expressão utilizada por Supiot (2007, p. X)

A construção de um capítulo introdutório voltado para apresentação dos principais aspectos das ciências econômicas, terá como objetivo posicionar o leitor no cerne da discussão da adequação de critérios próprios das ciências econômicas, na base da construção de uma teoria do direito, conforme pretendido pelos adeptos da “Escola de Chicago”, em especial Richard Allen Posner.

2.1 Generalidades das ciências econômicas

As satisfações das necessidades humanas sempre se apresentaram como regra matriz motivadora das Ciências Econômicas, em especial no que concerne ao processo de escolha das necessidades que serão atendidas e as que serão negadas, estando expostos, assim, os meios (procedimentos), que serão adotados. Com isso, são minimizadas as perdas observáveis e maximizado o resultado obtido pelo ser humano.

No desenvolvimento dos seus afazeres diários, o homem cria, produz e desenvolve bens e serviços, formatando procedimentos voltados à distribuição das utilidades disponíveis, mesmo que de forma temporária, fazendo, por fim, a sua circulação no mercado consumidor. A finalidade é a de fornecer o produto a um terceiro ou de ser utilizada pelo seu próprio criador, passando por três elementos: criação, distribuição e consumo - os fatores básicos constitutivos das ciências econômicas.

O desenvolvimento da Economia é perceptível no processo de transição feudal, no qual a figura do Estado ganha contornos claros e surgem pensadores preocupados com a denominada “Economia Política”, cujo expoente foi o autor francês Antonie de Montchétain, com sua obra “*Traité de l’Économie Politique*”. Conforme Nunes (1996, p. 27), existem relatos de estudos atribuídos a Aristóteles direcionados à ciência do abastecimento, predecessora da Economia em formação, na Idade Média.

A partir deste momento, é observado um expansionismo da abrangência da Economia, em especial na sua área voltada ao abastecimento e empoderamento do Estado. Diante disso, a temática economicista vem sofrendo mutações, no sentido de adquirir independência e constituir uma nova seara do conhecimento humano.

2.1.1 O vocábulo economia

É inegável observarmos as mutações sofridas pelo mundo na construção da sua história e drasticamente acelerada em razão da automação dos meios de produção experimentados, em especial, no final do século XIX, em que o custo social das contínuas ações humanas se mostram preocupantes e descritas em diversas políticas públicas desenvolvidas por Estado e Organismos Internacionais.

Diante desse interligado universo decorrente dos avanços tecnológicos e da redução (eliminação) de fronteiras, os centros econômicos/financeiros se mostram vulneráveis a qualquer intercorrência.

Nesse sentido, estes processos apresentados se mostram capazes de alterar, significativamente, o modo de vida do ser humano, que se mostram presentes no seu cotidiano, por elementos que justificam a necessidade de um estudo aprofundado das características constitutivas do fenômeno econômico.

Os estudos ligados à atribuição de uma autonomia da Economia, como ciência, intensificaram-se a partir de meados da década de 50, quando os Estados adotaram uma postura intervencionista e começaram a se preocupar com o desenvolvimento da atividade industrial, implementação de políticas públicas sociais e a reconstrução de todos os aspectos necessários à circulação de mercadorias e serviços.

Estes estudos foram motivados, sobremaneira, pelas duas grandes guerras (1914 a 1918 e 1939 a 1945) e pelo ocorrido na bolsa de Nova York, em 1929 (*crash*), vislumbrando, com isso, uma estabilidade social, provocada em decorrência da equalização da relação consubstanciada entre custo e despesa, critérios inerentes à Economia, propiciando, conseqüentemente, um estado de bem-estar econômico.

No seu aspecto conceitual, a Economia pode ser conceituada de diversas formas. Todavia, todos esses modos apresentam um conjunto comum de características, notadamente, a ação humana no manuseio dos recursos limitados e finitos, postos à sua disposição.

Assim, o fenômeno econômico é criado e desenvolvido a partir de uma ciência própria e autônoma, denominada Economia.

2.1.2 O objeto de estudo da Ciência Econômica

Diante dos aspectos históricos e dos fundamentos constitutivos apresentados, a Ciência Econômica adquiriu a sua autonomia, sendo descrita de forma clara e sistemática, apresentando, dessa forma, sujeito, objeto e metodologia própria. Schumpeter (1984, p. 36) descreve que a tarefa de

construção de um conceito de Economia se mostra árdua, uma vez que as pretensões de delimitação do seu conteúdo flutuam entre a “Teoria Econômica” até a visão simplista compreendida como uma “Atuação Estatal”.

Assim, o citado autor descreve que um conceito apropriado para a Economia deveria orbitar entre os elementos históricos e técnicas complexas elaboradas, ajustadas e construídas por meios estatísticos e teorias próprias, aliando os resultados obtidos dessa fusão à eficiência da sua aplicação.

Diversos são os autores que buscam caracterizar os contornos da ciência econômica, observando-se nisso, desde a Grécia antiga, traços da sua construção conceitual como uma “ciência do abastecimento, que trata da arte da aquisição” (ARISTÓTELES, 1998, p. 20), até a caracterização ofertada por Mill (1989, p. 289). A teoria de Mill ressalta, sobremaneira, o caráter da riqueza e as leis inerentes necessárias à sua proteção, inserindo no seu pensamento todos os mecanismos ensejadores das causas capazes de promover a ascensão ou o declínio da sociedade.

Em uma análise de fundo, pelos estudos direcionados a estabelecer uma definição para as Ciências Econômicas, poderemos extrair pontos de contatos capazes de construir um núcleo mínimo de elementos constitutivos do seu conceito. A economia tem como objetivo estudar, interpretar e analisar os aspectos econômicos evidenciados no mundo, solucionando, assim, os problemas relacionados à ausência de aplicação dos fatores de produção no curso do processo de manufatura, repartição e circulação de bens e serviços direcionados ao mercado de consumo, sendo essa uma adaptação conceitual do exposto por Smith (1996, p. 50).

Diante do quadro apresentado, o vocábulo Economia e, por conseguinte, os aspectos constitutivos dessa ciência, sofreram mutações significativas, variando desde o pensamento de Adam Smith, de que a economia teria como seu elemento fulcral o estudo e a análise da riqueza, até os estudos elaborados por John Mainard Keynes, que obra “Teoria Geral do Emprego, do Juros e do Dinheiro” direcionou o estudo conceitual da Economia para uma análise simplista das flutuações observáveis da atividade econômica.

Na atualidade, porém, a ciência econômica tem vertido esforços para o desenvolvimento de uma Economia do bem-estar, visando, com isso, traçar procedimento eficientes para uma melhor utilização dos recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas.

É justamente nesse sentido que a “Escola de Chicago” buscará adaptar os limites delineados da Economia do Bem-Estar aos procedimentos e conceitos

próprios do Direito, visando, portanto, ofertar não só respostas adequadas aos questionamentos realizados, mas experimentadas e eficientes a esses questionamentos.

2.1.3 O método econômico analítico

Ao iniciarmos o nosso estudo sobre a Economia, devemos ter em mente que essa ciência possui caráter finalista, descrevendo, assim, uma metodologia própria para o alcance do seu objetivo específico. Portanto, no processo de construção do seu conjunto normativo de regras, três são os procedimentos observados: o reconhecimento, a indução e a dedução (FERGUSON; GOULD, 1975, p. 11).

Os elementos apontados por C. E. Ferguson e J. P. Gould revelam aspectos próprios da metodologia econômica, em que o processo de reconhecimento voltará o seu olhar para a detecção dos fenômenos e a sua descrição, segundo a realidade fática apresentada. Assim, os mecanismos de indução terão como seu ponto inicial uma determinada realidade, que verter-se-á para uma generalidade teórica, buscando justificar o comportamento descrito no mundo real. Já a dedução adotará o caminho inversamente proporcional a esse último, em que, a partir de uma generalização observável, o ser humano descreverá um raciocínio capaz de justificar o fenômeno, tendendo a particularizá-lo.

Nesse sentido, a instrumentalização econômica desenvolvida a partir de uma metodologia própria, terá como desfecho a maximização do resultado, valendo-se ora de processos indutivos, ora dedutivos, ou mesmo interativos ou mistos. Isso deve ser observado sempre que os mecanismos inseridos na esfera de conhecimento econômico se mostrarem insuficientes, de critérios inerentes à estatística, contabilidade, entre outras ciências, com o intuito de propiciar a previsão adequada e a maximização eficiente dos resultados alcançados.

2.2. A fenomenologia econômica e as suas regras matrizes

É inegável percebermos que no nosso entorno ocorrem, cotidianamente, fatos ora apreciáveis e ensejadores de estudos aprofundados, ora irrelevantes e cujos desdobramentos não possuem qualquer significado para o seu exame, que passa por uma ótica específica.

Nesse sentido, ao desenvolvermos uma análise de fundo sobre um determinado fato ocorrido ou cuja previsibilidade mostre alta probabilidade da sua manifestação, será necessário o escrutínio por meios dos instrumentos adequados, dos seus elementos e causas, para a apuração dos seus possíveis resultados.

Portanto, podemos evidenciar como uma possível conceituação do vocábulo “fenômeno”, todos os elementos passíveis de averiguação, por uma metodologia própria e consolidada em um discurso característico de uma determinada ciência.

Nesse aspecto, ao aderirmos ao plano sequencial descritivo de um determinado fenômeno ou evidenciarmos a sua estrutura, o que se tem como foco investigativo é a busca sustentável de uma explicação, capaz de descrever racionalmente o fato observado ou previsto. O processo adotado deve evidenciar determinada eficiência sobre as demais formas investigativas, apresentando-se como o método capaz de transparecer a melhor justificativa para o fato, da forma menos gravosa possível.

Diante desses elementos, ao elegermos o critério desenvolvido a partir do estudo da economia como lente capaz de promover a dissecação do fato, não se intenta apresentar uma visão de cunho estritamente economicista, como a única opção disponível para o desenvolvimento da análise pretendida. Porém, o que se objetiva é demonstrar que, em algumas oportunidades, essa metodologia é a que melhor se adequa ao discurso necessário para a resposta adequada e eficiente esperada do processo investigativo.

Um exemplo maior dos elementos apresentados é o estudo formalizado pelos adeptos da interdisciplinaridade, promovida pela corrente que defende o Direito e a Economia (*Law and Economic*), na qual o investigador se vale das metodologias próprias da economia, para evidenciar uma hipótese e a sua experimentação. A finalidade disso é alcançar determinado resultado, que, de outro ponto, poderia o mesmo fenômeno ser analisado e constatado pelos instrumentos investigativos descritos na Teoria Geral do Direito.

Segundo Nunes (1996, p. 67), o fenômeno posto em análise por métodos próprios das ciências econômicas, tende a ser desenvolvido a partir de uma análise da produção do bem ou serviço, a sua circulação no mercado de consumo, os seus processos de distribuição de renda e o meio como as riquezas é utilizada por parte do homem.

Assim, continua Nunes (1996, p. 68), que a Economia é uma ciência de cunho social, que pelas observações decorrentes de uma realidade, evidencia

constatações, elabora tabulações de dados e promove a verificação das possibilidades objetivas, por parâmetros de comportamento previsíveis.

Portanto, podemos descrever que uma das metodologias próprias da Economia é a capacidade de quantificar as reações humanas em cenários pré-definidos, seguindo critérios consubstanciados na racionalidade, que buscará, como resultado aos fenômenos postos em análise, a maximização dos efeitos da conclusão a ser obtido.

Portanto, pelas premissas evidenciadas, podemos concluir que os seres que desenvolvem o seu processo de investigação por métodos apontados, próprio da ciência econômica, ou seja, que se valem da racionalidade como uma ponte para se alcançar os resultados mais eficientes, com o objetivo de satisfação das suas necessidades, por intermédio de uma ética de caráter individualista, utilitária e maximizadora, será conhecido com *homo economicus*.

As leis da economia assumem natureza probabilística direcionadas a demonstrar, de forma eficiente, os caminhos mais adequados a serem adotados, com o objetivo de que a rota eleita produza um determinado resultado.

Nesse aspecto, em razão da lógica racional constitutiva das regras econômicas, o trabalho investigativo limitar-se-á à escolha de uma das direções possíveis, capazes de produzir um determinado resultado e, dentre essas, a de maior eficiência econômica, que servirá de orientação para situações similares observadas posteriormente.

É possível, assim, o homem intervir ou direcionar os acontecimentos individuais ou de caráter social, com o objetivo de apresentar caminhos orientados às melhores decisões com o menor custo, demonstrando, portanto, uma resposta eficiente, cuja solução resultará na maximização da riqueza individual ou social.

Dessa forma, seguindo a métrica constitutiva das leis da economia, os caminhos encontrados passaram a incorporar critérios estatísticos aplicáveis e mensuração observável do fenômeno colocado sobre essa lente.

Em uma análise comparativa das ciências postas em observação, diversos parâmetros econômicos apresentados na ciência do direito, bem como no critério prescritivo (dever ser) e normativo (ser) se evidenciam como presentes na estruturação do Direito.

Nesse ponto, é importante destacarmos a lição de Nino (2015, p. 92), que ao descrever a análise de Hans Kelsen, ressalta que o jurista alemão estabelece, na sua teoria, dois Juízos distintos. O primeiro, denominado juízo do “ser”, era composto de enunciados descritivos, suscetíveis de critérios binários de constituição, verdadeiro ou falso. Por outro lado, haveria constituído o juízo do

“dever ser”, que possui contornos diretivos, no qual o critério binário, verdadeiro ou falso, não possui razão de existência.

Na sua construção, Kelsen advoga a ideia de um abismo lógico entre o conteúdo prescritivo do “dever ser” dos elementos normativos caracterizadores do “ser”. Essas construções não possuem pontos de contatos derivativos.

Assim, as Ciências Econômicas, na sua vertente descritiva, produzem conhecimento, observando a atividade econômica e o comportamento dos *players* envolvidos. Tais elementos são ensejadores do processo produtivo das leis da economia, que terão como objeto a identificação dos fatos ocorridos, a partir de um processo de mensuração e a formatação de uma classificação fundamentada nas características do bem ou serviço e, ainda, no estabelecimento de prognósticos baseados na racionalidade. O objetivo dessa ciência é teorizar os fatos observados com base em um critério realístico. Já a vertente econômica normativa, estabelece o método de constatação do fenômeno econômico, segundo critérios factível e passível de verificação, modelo diverso do universo metafísico descrito na Ciência Jurídica.

Diante desse quadro, os adeptos da *Law and Economic* (Direito e Economia) acreditam que a aplicação das metodologias criadas e consolidadas pela ciência econômica seria capaz de descrever um “dever ser” imaginada por Kelsen, como algo tangível nos limites das condições atribuídas a análise praticada. Distancia-se, assim, do “dever ser”, idealizado e consolidado na teoria apresentada por esse, uma vez que em não raras as vezes, a construção kelsiana do “dever ser” possui um certo grau de descomprometimento com a realidade experimentada ou possui seu caráter meramente político-ideológico.

Portanto, ao considerarmos as questões apontadas como embasadoras de uma relação interdisciplinar entre Direito e Economia (*Law and Economic*), mostra-se, nesse momento, oportuno apresentarmos a denominada “Teoria Econômica” como o meio (instrumento) utilizado para a promoção da análise dos fatos, em especial a subdivisão, na atualidade, dos elementos teóricos, na qual figura de um lado a microeconomia e de outro as diretrizes macroeconômicas.

Cabe destacar que, enquanto a primeira é parte integrante da “Teoria Econômica”, que tem como objeto de análise a atividade individualizada dos agentes econômicos, a segunda tem o seu olhar direcionado à busca de respostas para a evolução da própria economia, valendo-se de procedimentos de incrementação da atividade econômica, visando, com isso, atingir a eficiência capaz de maximizar as riquezas individuais e/ou sociais.

Nesse momento, tem-se consolidada uma classificação econômica semelhante, em vários aspectos, com a classificação propedêutica formalizada na seara do Direito, a saber: público e privado.

Todavia, na atualidade e com a evolução das formas de visão aplicadas ao direito, vários critérios que no passado eram integrantes do denominado direito privado deixaram de apresentar esta característica, possuindo elementos de interesse público e, por conseguinte, sendo influenciados pelos institutos próprios deste campo do conhecimento e vice-versa.

Essa mesma situação é observada no estudo da Economia, uma vez que o ponto de vista adotado para a análise pode ser inserido no campo de pesquisa da microeconomia ou da macroeconomia.

Nesse momento, é importante descrever que a Teoria Econômica Clássica e, ainda, a neoclássica, voltaram os seus olhares para a denominada “Microeconomia”, cuja pretensão era o estudo do processo racional de escolha dos produtores e consumidores, em um viés individualista e maximizador de utilidades (eficiência).

Assim, essa teoria tem como fundamentos, promover estudos baseados na racionalidade, que tenham como objetivo observar o processo de escolha dos consumidores em relação aos produtos ofertados, podendo também se apresentar como um olhar sobre o comportamento do fornecedor no processo de fabricação de um determinado produto ou na prestação de um serviço. Por fim, tal princípio, ainda, poderá se basear na análise do comportamento do mercado frente a estes elementos apresentados, buscando, como isso descrever um direcionamento para a manutenção de uma relação equilibrado por parte dos *players*.

Nesse sentido, ao se preocupar com a realização de uma análise do “mercado”, a microeconômica constrói um modelo ideal de mercado, baseado na livre concorrência, em que os regramentos constitutivos da oferta e da procura não sofram influências externas, disponibilizando, assim, um ambiente propício para que fornecedor e consumidor possam promover trocas comerciais esperadas.

A partir da construção de um modelo ideal econômico, os estudos analíticos desta ciência buscaram focar a sua pesquisa nas distorções provocadas em razão da manipulação do mercador, ora por fornecedores, ora por consumidores, ou, ainda, pelo Estado.

Dessa forma, os estudos da microeconomia possuem como foco o estabelecimento de limites para o comportamento do indivíduo, por níveis focais científicos, ora individualizados: teoria do consumidor, teoria da empresa, teoria

da atividade produtiva, teoria da repartição de riquezas e, por fim, relacionado ao equilíbrio geral do mercado.

Baseado nos níveis constitutivos da microeconomia, no seu primeiro nível “teoria do consumidor”, apresenta-se como o seu ponto de investigação o comportamento dos indivíduos. A sua caracterização busca descrever tendências comportamentais direcionadas à realização de uma determinada necessidade, visando, com isso, “maximizar” o seu estado de bem-estar econômico, limitado, substancialmente, pela renda auferida e disponível.

Destaca-se que em um mercado no qual se evidencie a ausência de informações e práticas comerciais distorcidas, as escolhas dos indivíduos são mensuradas pelos seus desejos pessoais, sendo renegado a segundo plano a noção de eficiência, construindo uma “Teoria dos Preços” como ponto central do processo decisório dos indivíduos.

O processo de construção de uma resposta adequada a esse e outros questionamentos comparativos embasou a construção das teorias objetiva e subjetiva do “valor”, que pautou a sua construção, ora como uma expressão quantitativa do trabalho utilizado na produção de um determinado bem, ora como elemento psicológico ligado à necessidade humana, cuja idealização se deu pelas mãos de diversos pensadores econômicos. Tal aspecto é asseverado por Nunes (1996, p. 98), ao afirmar que, a partir da teoria do valor do trabalho, formatada por Adam Smith, tem-se o entendimento que em um determinado agrupamento social (sociedade), o processo produtivo tem como ponto a redução do esforço humano.

Essa ideia é aprofundada por David Ricardo (1996), que descreveu, no seu trabalho, duas correntes econômicas, denominando-as de ortodoxa, cujo expoente foi John Stuart Mill e, posteriormente, os economistas neoclássicos Léon Walras, William Stanley Jevons e Alfred Marshall. Tais pensamentos apresentaram um conjunto de ideias que dariam origem a obra de John Maynard Keynes, “Teoria Geral do Emprego, do Juros e do Dinheiro”. Todavia, descortinou-se a teoria heterodoxa, cujo principal expoente foi Karl Marx e os socialistas científicos.

Em uma análise rasa dos parâmetros de desenvolvimentos das correntes econômicas, temos que o discurso consignado no pensamento ortodoxo terminou por capitanear o desenvolvimento dos estudos econômicos, consubstanciado no modelo não intervencionista estatal (*laissez faire*), relegando ao modelo heterodoxo econômico o estudo do estado intervencionista.

Portanto, o pensamento econômico, pelos estudos empregados pelas teorias ressaltadas, restou por configurar e descrever uma “Teoria Subjetiva do

Valor”, na qual o aspecto nuclear estaria consignado na “utilidade do bem e/ou serviço” ou, como enunciado por parte da teoria econômica, como o segundo critério psicológico das necessidades individuais, em que a sua aderência se mostrou mais evidente nos mercados econômicos ocidentais.

Isso se tornou evidente pelos estudos de Hermann Heinrich Gossen (2010), em especial no seu artigo “Lei dos Rendimentos Marginais Decrescentes”, cuja obra apresentou uma forte influência dos pensamentos de Carl Menger, Léon Walras e W. S. Jevons.

Conforme pontuado por Nunes (1996, p. 106), o pensamento subjetivista e voltado à satisfação das necessidades individuais ganhou força e influenciou, ainda, a métrica fundamentalista da teoria de Vilfredo Pareto, em que a avaliação aritmética do comportamento subjetivo do indivíduo, em especial a mensuração do desejo humano, teria encontrado resistência na sua tabulação científica. Isso se dá em razão da ausência de uma métrica eficaz para mensurar “utilidades”, o que não evidenciou a gradação pretendida e direcionada à satisfação alcançada pelo indivíduo, como possuidor de um produto em detrimento de outro.

Em um aspecto complementar, a teoria do consumo exposta está consolidada na preocupação das empresas em aproveitar de forma ótima e racional os insumos adquiridos. O objetivo da análise repousaria sobre os diversos meios de otimização do aspecto produtivo, sendo essa pesquisa denominada como “teoria da Produção”, cuja alocação de recursos teria como objetivo a redução do desperdício e a neutralidade da denominada “deseconomia de mercado escalada”.

A partir da aplicação da denominada “Teoria de Produção” em um mercado ideal, em que a economia escalada se apresentaria de forma latente, a microeconomia encontra espaço para a ampliação da sua aplicação, desenvolvendo a denominada “Teoria da Firma e de Organização do Mercado”. O foco seria concentrado nas situações cotidianas experimentadas, cuja metrificação poderia perpassar desde o mundo ideal de “concorrência perfeita” até as imperfeições consignadas no mercado em situações, envolvendo monopólios e práticas comerciais abusivas (*trustes*) e formação de cartéis e estruturas societárias lesivas à livre concorrência.

Vale ressaltar que as existências das teorias narradas não possuem autonomia ou mesmo se estabilizam como campos isolados do estudo da microeconomia. Um exemplo maior dessa afirmação é a construção da “Teoria da Distribuição”, que tem como objetivo analisar os fatores de produtividade,

desenvolvidos pela unificação dos critérios introduzidos pela “Teoria do Consumidor”, “Teoria da Produção” e da “Teoria da Firma”.

Nessa toada e com o objetivo de finalizar os aspectos constitutivos da microeconomia, tem-se como foco a busca por um mercado estável, assim entendido, como aquele em que o equilíbrio e o bem-estar econômico são construídos pela interação formalizada pelos diversos modelos teóricos, capazes de refletirem o comportamento dinâmico dos consumidores e produtores.

Diante do quadro ofertado, a análise microeconômica e a Teoria Econômica possuem como objetivo a ser perseguido a construção e delimitação de leis e princípios, que viabilizem o alcance do equilíbrio econômico inserido na relação entre produtores e consumidores. O efeito disso seria viabilizar as trocas e a maximização das relações formalizadas, alcançando um processo de troca “eficiente”.

2.2.1 Eficiência econômica

Ao tratarmos do vocábulo “eficiência”, nessa oportunidade, devemos considerar que os seus elementos constitutivos serão utilizados como pilares para a construção da regra matriz, que busca aliar a Ciência Econômica com a Ciência Jurídica (*Law and Economics*), em especial na construção analítica econômica do direito idealizada por Richard Posner na sua obra “The Economics of Justice” POSNER (1981, p. 88).

Nessa acepção, o vocábulo justiça, em uma vertente economicista, seria traduzida pela maximização de riquezas, a partir da construção de um conjunto de mecanismos, baseados na eficiência, para que essa pretensão seja alcançada.

Cabe destacar, ainda, que Posner (1981, p. 76), em diversas passagens da sua obra, nega um caráter meramente utilitarista à teoria desenvolvida, buscando impregná-la como uma resposta adequada a crise experimentada pelo direito.

Segundo a “Teoria da Utilidade”, ela é descrita como um procedimento sistemático, que permite o indivíduo avaliar os diversos caminhos na busca pela resposta a um problema complexo.

Conforme Gomes (1998, p. 3), diante de uma infinidade de necessidades a serem satisfeitas e da finitude de recursos postos à disposição do indivíduo, deverá ser respondido um questionamento basilar: onde devo empregar esses recursos?

Para oferta de uma resposta a esta pergunta, um segundo questionamento deverá ser formalizado: qual é a melhor maneira de emprego dos recursos postos à disposição do indivíduo para fins de satisfação dos seus desejos e necessidades?

Nessa ótica, o problema apresentado é reduzido a um único aspecto, alocação de recursos escassos, cuja utilização deverá ser pautada pela racionalidade, na qual a combinação de fatores levará o indivíduo ao melhor proveito dos recursos e, por conseguinte, à maximização dos resultados alcançados.

Diante desse quadro, em não raras oportunidades, os estudiosos das ciências econômicas, dentro da sua racionalidade, em diversas oportunidades, tendem a estabelecer políticas e regras que visam sacrificar o momento atual, em detrimento de uma melhor performance futura.

Sob essa ótica, os paradigmas consubstanciados nas leis, na política, no processo de formação do convencimento e tomada de decisão têm como parâmetro estabelecido um caráter econômico que decorre, diretamente, da busca do indivíduo pela eficiência, baseada nos aspectos ligados aos fatores de produção e no limite de recursos disponíveis, com o objetivo de extrair a melhor utilização daqueles, satisfazendo, assim, um número maior de necessidades (desejos) do indivíduo.

O vocábulo eficiência, no sentido estudado, em especial no idealizado e apresentado na *Law and Economics* é traduzido em ações ou na produção de um determinado efeito, capaz de alterar ou potencializar a relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor.

Assim, aplicando-se as teorias econômicas, a eficiência é vista como uma construção racional, que tem como objetivo a obtenção de resultados capazes de satisfazer as necessidades de um determinado indivíduo ou de uma coletividade.

No entanto, o principal ponto de desconforto, na construção de um pensamento eficiente, repousa na formatação de critérios adequados para que o indivíduo ou a coletividade consiga extrair a maximização de resultados pretendidos, sem que com isso haja o prejuízo de outro indivíduo ou de outra coletividade e, ainda, que esse critério seja pautado na ideia de justiça equitativa.

A esse respeito, Clark (2018, p. 311), ao rever a obra de Washington Peluso Albino Souza, “Direito Econômico”, relata que a busca pelo ótimo econômico, a partir do débito existente da sociedade industrial, no que tange ao seu processo de transformação, imputará ao Direito Econômico a tarefa de

reconhecê-lo e institucionalizá-lo, evidenciando que o ótimo econômico deverá sempre ser alcançado por um processo adequado e dentro dos limites do justo.

Nesse ponto, é importante destacar que ao nos debruçarmos sobre a proposta analítica da ciência jurídica, a partir de critérios econômicos (*Law and Economics*), o conceito estampado de eficiência mostrar-se-á carecedor de métodos empíricos de comprovação, sendo esse o seu ponto de deficiência a ser corrigido.

Posner (1981, p. 85) defenderá a eficiência como uma forma de maximização das riquezas, ao passo que autores como Ronald Dworkin discordam dessa abordagem, tecendo fortes críticas à teoria econômica do direito.

Os adeptos da Escola de Chicago, valendo-se do pressuposto fático mercadológico, promovem as suas teorias sob a crença de que os problemas de ordem jurídica, política ou econômica poderão ser melhor respondidos pela “eficiência”. Tal aspecto seria adotado como critério motriz para uma reestruturação da sociedade e das suas instituições políticas e jurídicas, segundo os critérios e metrificações desenvolvidas por Vilfredo Pareto (1987) e as suas variações observáveis denominada de “economia do bem-estar”,

Todavia, essa teoria tem como crítica eloquente o critério unitário analítico empregado, em que a análise do direito estaria apenas condicionada à visão angular desenvolvida e alcançada pela eficiência posta. Assim, são evidenciados argumentos de que a busca por uma dicotomia estaria ligada diretamente aos processos decisórios de fundo político-jurídico, cujo embasamento teria caráter metafísico no tangenciamento dos conceitos de justiça e equidade. Tal aspecto colocaria em dúvida a possibilidade da utilização de ideias intervencionistas da economia do bem-estar, desenvolvida no cenário americano de meados do século XX, como forma de estruturação de uma economia de livre mercado sujeita a intervenções, diretas e indiretas, do Estado, mas segundo premissas de internalização dos custos segundo defendido por Coase (2017, p. 21).

Pelos argumentos apresentados, a *Law and Economics* põe em xeque a noção liberal de que as ciências jurídicas possuem traços próprios e diferenciadores da Economia, uma vez que aquela se apropriará de uma conceituação própria desta, como bem destacou Rawls (2008, p. 74), ao afirmar que o princípio da eficiência “pode ser aplicado à estrutura básica por referência às expectativas dos sujeitos representativos”. Assim, pode-se afirmar que a eficiência, no âmbito do Direito, estaria ligada a uma distribuição dos direitos e deveres, em que as regras que comporiam essa estruturação fossem de difícil ou impossível modificação.

A partir dessa premissa foi redefinida a sistemática aplicada de direitos e deveres, como forma de elevação da expectativa de pelo menos um sujeito representativo, sem que, com isso, se promovesse a redução de expectativas de outros indivíduos daquela sociedade.

Portanto, a eficiência localizar-se-á no ponto fulcral da teoria desenvolvida pelos adeptos da *Law and Economic*, em especial Richard Posner (2007), cujo signo diverso do utilizado por outros teóricos do direito, não estaria ligado ao vocábulo equidade.

Entretanto, essa construção comportaria um paradoxo a ser solucionado: a questão dos custos transacionais, em que, por exemplo, em um ambiente distributivo de direitos, a eficiência assume, para os analíticos econômicos do direito, contornos ligados à constatação que descreve que a solução eficiente é uma solução equitativa.

Porém, quando invertida a equação, em que da distribuição dos direitos dependerá o estabelecimento dos custos transacionais, será evidente o conflito gerado, uma vez que a solução encontrada, em não raras oportunidades, não será equitativa (COASE, 2017, p. 112).

Assim, apresentados os contornos básicos da Economia, abordaremos, no Capítulo 3 as bases da construção do pensamento idealizado pelos adeptos pela Escola de Chicago, em especial a teoria desenvolvida por Richard Allen Posner (1980), passando tanto pela sua construção inicial, inserida na corrente formalista do direito, quanto pelo seu giro pragmático, em meados dos anos 90 do milênio passado.

3

O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

Como visto, a Economia possui critérios próprios de desenvolvimento da sua ciência, o que influenciará a construção da teoria proposta pelos integrantes da Escola de Chicago e, em especial, Richard Allen Posner.

Neste capítulo serão abordados os principais aspectos da interdisciplinaridade proposta pela Análise Econômica do Direito, a sua crise e a virada pragmática cotidiana, proposta por Posner.

Destaca-se, inicialmente, que no seu artigo intitulado “*Legal Pragmatism in Metaphilosophy*”, Posner (2004, p. 150) descreve que o núcleo do pragmatismo jurídico é a própria decisão pragmática, ao passo que o núcleo da decisão judicial pragmática tem como objetivo uma maior conscientização dos Juízes e, via de consequência, uma maior preocupação com o resultado produzido por uma determinada decisão, alcançando, com isso, uma sentença política baseada em fatos e resultados, ao invés de aplicações vazias de conceitos e generalidades.

O pensamento em destaque apresenta a principal preocupação retratada pelo autor ao longo das suas obras e artigos, qual seja, o processo decisório dos casos apresentados aos Juízes. Dessa forma, as suas pesquisas, reflexões e manifestações terão como pano de fundo esse aspecto, cuja principal razão está no fato de que o autor exerce a função de Juiz Federal no 7º Circuito de Cortes de Apelações dos Estados Unidos da América e, naturalmente, o seu olhar sempre estará inclinado nesse sentido.

No desenvolvimento do seu pensamento e das suas teorias, Richard Posner se vê inserido em um momento histórico de inúmeras incertezas, em que as crises econômicas se evidenciavam e havia conflitos raciais e étnicos, com discussões relacionadas ao caso *Brown vs Board Education*, iniciado em 1954, ainda se mostravam recentes e conflituosas. Ademais, os Estados Unidos enfrentavam a guerra do Vietnã e o direito passava por uma crise de confiabilidade, que proporcionou um abalo nos parâmetros interpretativos até então utilizados pela ciência jurídica.

Em meio a esse contexto histórico conturbado, diversos pensadores americanos da Teoria do Direito se debruçaram sobre a estruturação fundacional da ciência jurídica, desenvolvendo diversas teorias e discursos, em especial sobre o processo decisório, dentre os quais podemos destacar o movimento da “Escola de Chicago”, denominado “Análise Econômica do Direito”, cuja linha mestre argumentativa era a explicitação da crise do direito como uma ciência autônoma.

É importante ressaltar que esse colapso do discurso autônomo do direito não foi apenas explicitado pelos adeptos dessa corrente de pensamento, mas, também, pelo realismo jurídico, por exemplo, cuja base estaria consolidada na desconstrução do pensamento jurídico clássico. Haveria, assim, a introdução de normas abertas e passíveis de interpretação, na qual os fatos sociais influenciariam o processo decisório e a criatividade dos magistrados ficaria desvinculada da neutralidade no processo construtivo da sentença (AZEVEDO, 2018, p. 266).

Nesse sentido, os pensadores da Escola de Chicago, em especial Ronald H. Coase, pela obra *“The Problem of Social Cost”*, Guido Calabresi, pelo artigo *“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”* e, posteriormente, Gery Becker, pelo artigo *“Law Enforcement, Maleasance and Compensation of Enforcers”* e Richard Posner pela obra *“Economic Analysis of Law”*, sustentaram, na sua primeira fase, a imprecisão do pensamento clássico, de que as questões postas sob o prisma do direito pudessem ser respondidas por um conjunto estático de premissas ou por uma única metodologia estrutural. Assim, a ciência jurídica deveria se interligar com outros ramos do pensamento, o que seria conhecido como a proposta interdisciplinar realizada pela Escola de Chicago.

A linha sugerida pelos pensadores mencionados tinha como foco os regramentos de regência do mercado, encaminhando para segundo plano a construção conceitual do direito como estrutura normativa ou descritiva. A sua análise era direcionada para as derivações comportamentais sociais, na aplicação dos diferentes sistemas de regras construídos, relegando ao Estado o papel limitado as eventuais correções dessas falhas, o que apenas seria possível por um ordenamento jurídico eficiente.

Na sua obra de estreia, *“Economics Analysis of Law”*, Posner (2007) descreve como objetivo a ser alcançado pela teoria da análise econômica do direito, a aplicação de metodologias teóricas e métodos de experimentação (empíricos) regidos pelas leis econômicas nas instituições centrais do sistema jurídico, o que terminaria, em última análise, gerando, em países de constituição jurídica anglo-saxônica, um meio para se alcançar a eficiência, consagrada pelo ideário de maximização das riquezas, como mecanismo procedimental para a solução dos inúmeros conflitos observados no cerne do sistema jurídico.

Contudo, após um curto espaço de tempo, compreendido entre a década de 70 e meados da década de 80, a corrente economicista do direito instaurada pela Análise Econômica do Direito criou raízes fundacionais e estruturantes para a ciência jurídica, baseados na economia, de tal forma que corrompeu o ideal

inicial e produzindo um resultado não esperado, qual seja, um formalismo interdisciplinar. Tal formalismo, na sua essência, provocou a crise do direito americano e gerou o ambiente favorável à criação da “Análise Econômica do Direito”, defendida pelos integrantes da Escola de Chicago, dentre os quais fazia parte Richard Posner.

Minda (1995, p. 103) descreve que Posner vê no pragmatismo, a partir da crise enfrentada pela teoria econômica do direito, o melhor caminho a ser adotado pelos integrantes da Escola de Chicago na pós-modernidade, sendo, nesse momento, observada a sua “virada pragmática”.

Vale observarmos que o giro metodológico proposto por Posner não restou consignado em um resgate dos critérios estabelecidos na corrente clássica formalizada por Charles Pierce, pelo seu artigo “*How to make our ideas clear*”, mas, em uma das empreitadas mais ambiciosas de adaptação do pensamento clássico. Essas teorias já eram consolidadas por Posner e corrigiam os métodos inicialmente propostos pelo seu criador.

Como bem destacado por Mercurio *et al.* (2006, p. 94), o giro no pensamento de Posner não possui apenas uma obra ou artigo e o corte de fases se evidencia de forma clara. Ele se apresenta pela edição de uma série de publicações na década de 90. Essa construção é observada em: “*The problems of jurisprudence*” (1990), “*Overcoming Law*” (1995) e “*The Problems of Moral and Legal Theory*” (1998).

Assim, o objetivo deste capítulo repousa na pretensão de demonstrar o construtivismo do pragmatismo idealizado por Richard Posner, a partir de uma visão proposta pela Análise Econômica do Direito, o que altera, como visto, as bases clássicas da teoria proposta por Charles Pierce, fundando o chamado pragmatismo cotidiano.

3.1 Crise do formalismo jurídico da 1ª fase da análise econômica do direito e a sua virada pragmática “cotidiana” na sua 2ª fase

Ao concentrar os seus esforços na construção de um elo interdisciplinar entre o Direito e a Econômica, Posner vislumbrou a possibilidade, tal como os demais integrantes da “Escola de Chicago”, do resgate da autonomia do discurso jurídico, afirmando, na sua obra “*Economics Analysis of Law*”, que a ciência econômica possui uma característica peculiar e marcante. Tal área é ensejadora do elo necessário ao resgate pretendido, buscando, com isso, elaborar um conceito abrangente de justiça e inserindo o processo de tomada de decisão e um

campo menos dialético, bem como situando-o em um plano objetivo (POSNER, 2007, p. 473).

Na sua primeira fase, os integrantes da Escola de Chicago formalizaram uma abordagem pragmática, baseando o seu pensamento e os seus procedimentos analíticos nas leis econômicas, com o intuito de se alcançar respostas empíricas para os dilemas filosóficos apresentados. O objetivo disso era compreender, de forma ampla, o funcionamento do processo decisório e os seus efeitos sobre o cotidiano dos cidadãos.

Todavia, em paralelo, mantinha-se acesa a esperança de que o formalismo alcançado a partir da construção calcada nas teorias econômicas evidenciaria um conjunto básico de características dominantes, norteadoras do direito emergido da unificação das ciências (Direito e Economia), como bem destacado por Mercurio *et al.* (2006, p. 01)

É importante destacar, ainda, que a Análise Econômica do Direito precisou, na sua fase inicial, enfrentar um verdadeiro paradoxo formado, qual seja, a sua premissa inicial se baseava em uma concepção antiformalista típica do movimento denominado “realismo jurídico”. Porém, ao mesmo passo e de forma coexistente, os autores buscavam estabelecer bases sólidas, a partir da confluência das ciências econômica e jurídica para uma estabilização do direito em crise. Como ressaltado, o que se evidenciou foi um forte contorno formalista na sua fase final.

Diante desse quadro, o paradoxo formado, nos anos subsequentes, levará Posner a realizar o seu giro pragmático baseado em uma construção filosófica dual, que aliava os parâmetros abertos evidenciados pelo realismo e os limites impostos pelo pragmatismo. Isso gerou dificuldades e desconfortos na defesa da proposta formalizada pelos integrantes da “Escola de Chicago”.

Sob outro prisma, mostra-se importante destacar que na sua fase embrionária, o movimento protagonizado pela “Escola de Chicago” buscou minimizar a existência de princípios como equidade e justiça, uma vez que pregavam a lógica da neutralidade microeconômica, mantendo-se ao largo das discussões relacionadas ao devido processo legal e à construção normativa do processo decisório.

Por essa razão, nos seus momentos iniciais, a Análise Econômica do Direito apresenta contornos reflexivos da história, limitando a sua opinião apenas a uma descrição do direito, sem, contudo, adentrar nas discussões de fundo esperadas, apresentando uma postura descritiva do direito e dos seus critérios de desenvolvimento, não intervindo, de sobremaneira, nas bases dessa ciência, nem na sua estruturação.

Em razão da aproximação realizada com a Economia e os seus principais aspectos, institutos próprios do Direito, como ética jurídica, eram destacados como fatores inerentes ao íntimo do cidadão (aspecto subjetivo), cuja discussão, análise e construção não encontravam fundamento na seara econômica. Na sua concepção básica, deixa-se de atribuir valorização a conceitos que não possuam quantificação aparente ou que a sua formalização ou definição não possam ser explicados pelas leis da economia.

Todavia, um ponto de desconforto se mostrou latente na construção do discurso econômico do direito, qual seja: o direito é constituído de diversos aspectos não suscetíveis de provas empíricas, assim, como poderia essa ciência se ligar, de forma interdisciplinar, com a Economia, em que o empirismo é o elemento central de sua construção? Para responder a esse questionamento, Posner (1979, p. 285) descreve que muito embora as ciências jurídicas possuam critérios não comprováveis por meio empíricos, essa ciência poderia se ligar à Economia, não demonstrando os elementos objetivos da “eficiência”, mas, estabelecendo uma meta a ser seguida, migrando o desenvolvimento da discussão para o campo do “dever ser”.

Com essa medida argumentativa, Posner cria, juntamente com os demais adeptos da Escola de Chicago, uma teoria normativa, deixando, assim, as fronteiras de uma análise descritiva e voltando o olhar para a normatização do direito, sendo esse o marco divisório da primeira fase da construção promovida pela Análise Econômica do Direito.

Na visão de Posner (2011, p. 104), a teoria econômica do direito seria constituída por aspectos descritivos e por critérios normativos. Dessa forma, a sua percepção tem como objetivo, pelo “dever ser eficiente”, criar um campo estável para as mudanças sociais necessárias, pela alteração substancial do direito, visando, com isso, a construção de um Estado de bem-estar social.

Nessa sequência, em razão dos objetivos traçados no seu discurso, os elementos norteadores do conceito de “maximização da riqueza”, essencialmente e integralmente extraídos da ciência econômica, adquirem um lugar de destaque nos estudos de Posner, podendo, esse pensamento, segundo narrado por Arruda (2011, 74), ser descrito como: “o modelo do comportamento humano é o do ator-racional, segundo o qual cada ator escolherá a ação que maximizará sua utilidade pessoal esperada, o que pode refletir uma preocupação com o bem estar de outros”.

A esse respeito, Posner (2007, p. 04) esclarece que o elemento básico de toda narrativa da Análise Econômica do Direito é constituído sobre a premissa de

que todos (pessoas) são agentes maximizadores racionais das suas preleções satisfativas, sejam essas mensuráveis economicamente ou não, o que terminará por conduzir o autor a três conclusões comportamentais básicas: a) uma relação inversamente proporcional ao binômio demanda e preço; b) o denominado custo de oportunidade e, por fim, c) a constatação da translação financeira em torno das suas disposições entendidas, pelo detentor do recurso, como mais valiosas.

Esses comportamentos básicos conduziram Posner a concluir que os critérios da eficiência estão ligados ao ideário de disposição dos recursos em direção do que o detentor da riqueza entende ser mais valioso.

Assim, na sua adaptação do conceito econômico da maximização da riqueza a Teoria do Direito, Posner descreve que o resultado apresentado pelo Poder Legislativo, na sua essência, decorre da negociação de grupos de interesses distintos, não sendo a construção da narrativa negocial formalizada por uma lei, completa ou perfeita, ensejando a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Isso acontece em decorrência das interpretações ofertadas pelos Juízes, reescrevendo, assim, o resultado das negociações parlamentares, de forma a adequá-la ao caso posto, evitando ou solucionando os litígios apresentados.

Portanto, para Posner (2009, p. 426), seria papel do Direito a facilitação do denominado “mercado competitivo”, buscando, no processo decisório, evidenciar o melhor resultado possível para o litígio, ou seja, fomentar a ocorrência do custo de transação no melhor cenário, descrevendo uma proibição nas demais situações simuladas em uma análise da aplicação normativa no processo decisório.

Portanto, ao descrever a sua análise, Posner busca retirar da equação jurídica as externalidades positivas e negativas das ações humanas, que, em última análise, não se mostram eficientes, sendo, na visão do autor, a eficiência mercadológica o balizador normativo de qualificação do direito e, via de consequência, a melhor forma para se alcançar uma decisão eficiente.

Assim, pela sua metodologia, Posner, valendo-se dos critérios econômicos e leis da economia, estabelece que a “maximização dos padrões de riqueza” seria um resultado de um somatório hipotético de todos os benefícios e malefícios inerentes à decisão proferida, o que propiciaria um sopesamento e, por conseguinte, um resultado eficiente.

Posner (1985, p. 99) esclarece a concepção utilitarista de felicidade (dor e prazer), explícita na obra de Jeremy Bentham, em especial, na construção da sua fórmula matemática para o “cálculo da felicidade”, que nas palavras do professor

Sgarbi (2020, p. 4), se traduziria por um algoritmo capaz de mensurar o quantitativo de felicidade que uma determinada ação poderia gerar. Embora isso tenha influenciado diretamente o seu pensamento, não se traduz no sentir conceitual de “maximização da riqueza”. Todavia, em uma alargada análise, esses dois vieses possuem pontos de contato, compartilhando o valor moral das preferências e desejos individuais.

Por “maximização da riqueza” se entende que as instituições facilitem as operações realizadas em um livre mercado regulado, maximizando o desenvolvimento do comportamento humano desprovido de laços e amarras (autonomia), destinando a sua pretensão ao alcance de uma utilidade.

Nesse sentido, se um determinado cidadão não possui consigo ativos produtivos, esse, igualmente, não possui qualquer direito reivindicatório ético sobre o patrimônio alheio, sendo um ponto de afastamento evidente da teoria utilitarista. No seu cerne, tal princípio tem como objetivo avaliar o processo de tomada de decisão, em razão exclusiva das eventuais consequências e desdobramentos decorrentes desta determinada ação, como bem frisado por Sgarbi (2020, p. 5).

Portanto, a Análise Econômica do Direito, tal qual idealizada pela Escola de Chicago, pauta a sua ação na maximização da riqueza, não seguindo a lógica utilitarista, analisando as consequências decorrentes dos desdobramentos dos atos praticados, por uma lupa econômica, calcada no eficientismo e nas suas consequências.

Posner (1980, p. 243) esclarece que em um modelo pautada na maximização das riquezas, a organização dos recursos encontra um estado de eficiência quando distribuídos e organizados pelo Poder Judiciário, de forma que não sejam necessárias novas realocações desses, gerando, assim, um aumento exponencial das riquezas de uma sociedade.

Desse modo, pelas construções realizadas e pautadas na maximização da riqueza e por desdobramento natural na eficiência aplicada ao direito, Posner (2016, p. 484) informa que os Juízes devem estabelecer um conjunto de diretrizes (regras) inseridas no devido processo legal formal (conjunto de atos ordenados), com o fito de solucionar, de forma eficiente, os litígios apresentados, conduzindo a afirmação de que “o direito anglo-saxão tende a tornar-se eficiente”.

Cabe destacar, nessa análise direcionada à primeira fase do pensamento de Richard Posner que, na sua ótica, o processo decisório teria como ponto fulcral uma análise baseada no custo e no benefício alcançado pela decisão exarada, sendo essa metodologia, fundamentada nos critérios norteadores da economia,

em especial no processo de tomada de decisão. Se oferece ao julgador a capacidade de mensurar as derivações possíveis do litígio, corrigir as suas distorções e promover o provimento jurisdicional capaz de produzir a melhor consequência (POSNER, 2010, p. 252).

Destaca-se, pela análise pautada no custo-benefício sustentada por Posner, que embora a economia oferte a ferramenta necessária para apuração do melhor processo decisório (escolha), essa confere à figura do Magistrado o dever de atribuir peso a cada um dos fatos constitutivos do litígio apresentado, o que influenciará, diretamente, no resultado do cálculo final.

Posner (1979, p. 287) informa que os economistas não se encontram envolvidos no papel de designadores valorativos dos fatores econômicos, os quais são realizados, sobremaneira, pelos agentes políticos.

Dessa forma, segundo essa narrativa, caberia ao Magistrado evidenciar, na sua decisão, as externalidades capazes de modificar a sua visão inicial e alterar os entendimentos consolidados, que, em última análise, estabilizam o sistema jurídico e consolidam a jurisprudência construída.

Assim, Posner cria um método, construído a partir das leis da economia, em especial na ideia do custo e benefício, para a avaliação dos precedentes consolidados e direcionamento do processo decisório, cabendo ao magistrado o dever de escolher se o precedente analisado deverá ser seguido ou sofrer mutação (*overruling*).

Todavia, na sua primeira fase, a construção dualista (Direito e Economia) idealizada pela Escola de Chicago e seguida pelo seu adepto Richard Posner, sofreu duras críticas, por descrever uma construção teórica, cujo objetivo se pautava no consequencialíssimo, relegando a segundo plano, os critérios estruturais normativos do direito, especialmente nas ocasiões em que os mecanismo de mercado e a teoria do custo-benefício eram aplicadas em relações não inseridas no contexto mercadológico (questões de ordem racial, crimes, estado da pessoa entre outros casos).

Nesse ponto, a crítica de Ronald Dworkin (2019, p. 397) se evidenciou contundente, ao descrever que a construção de uma teoria fundamentada na unificação das ciências Econômica e Jurídica, tal qual apresentada e defendida pelos integrantes da Escola de Chicago se mostrava imperfeita e inacabada, uma vez que, na teoria mercadológica, é primordial a determinação do posicionamento dos recursos. É necessário, portanto, nessa lógica, atribuir um direito a cada recurso, já que é a afirmação da validade (existência) do recurso alocado (direito),

que constituirá todo o sistema normativo e viabilizará a interação das ciências (Economia e Direito).

Ainda, afirma o autor, que a Análise Econômica do Direito tem como foco os critérios da “eficiência econômica” e da “valoração da riqueza”, ignorando, por completo, a prerrogativa deferida aos participantes do processo judicial. Isso nega uma correta alocação de recursos e, por consequência, o juiz ofertaria uma visão distorcida do caso, gerando a atribuição de peso valorativo diverso do caminho da eficiência, o que refletiria em uma decisão ineficiente.

Para os adeptos da Escola de Chicago, em especial para Richard Posner, o vocábulo “eficiência” teria como conotação primordial a função de vetor para o regime geral, construído com a finalidade de maximização das oportunidades, o que direcionaria todos os cidadãos para a concepção ética do “bem”.

A partir dessa construção, Posner entende que essa linha de entendimento encaminhará a maximização das riquezas para um completo abandono do aspecto instrumental, para assumir o papel de protagonista no processo decisório.

Pelas justificativas apresentadas pelos adeptos da Escola de Chicago, provocadas em especial pelas afirmações construídas por Dworkin, observa-se que a “maximização das riquezas” passa a ser caracterizada como uma nova roupagem para a moral do direito.

Contudo, a construção realizada por Posner para responder a indagação derivativa do pensamento apresentado, seria: por qual razão os adeptos da Análise Econômica do Direito foram buscar em um critério extrajurídico (moral) os fundamentos de sustentação da sua teoria?

Posner (1979, p. 301) responde à crítica realizada na publicação do seu artigo “*Some uses and abuses of economics in law*”, descrevendo que a razão “de ser” da ciência é buscar respostas e explicações a casos aparentemente desconectados, a partir da construção de um modelo teórico, capaz de apresentar diversas teorias explicativas aplicáveis a esse e, por conseguinte, capazes de explicar o fenômeno colocado sobre investigação.

A produção de hipóteses a partir de modelos teóricos simplificados para casos complexos tende a produzir um número maior de hipóteses. Porém, uma teoria complexa aplicada ao caso concreto, muito embora produza um número reduzido de hipóteses, mostra-se mais segura e difícil de falsificar.

Assim, a construção de uma teoria que busca aliar os conteúdos inerentes ao Direito e a Economia se enquadra na construção de uma explicação complexa, em que os dados obtidos no processo investigatório deverão ser confrontados por meio empírico, para fins da sua confirmação.

Na sua primeira fase, os adeptos da Análise Econômica do Direito delinearão os seus estudos em um modelo de caráter formalista jurídico, que alterou apenas os critérios inseridos no “conceitualismo jurídicos” por um “conceitualismo econômico”, apresentando um resultado desconexo do mundo fático, na mesma proporção experimentada pelo “formalismo jurídico”. Isso foi afirmado por Posner (2021, p. 03), ao declarar que “os analistas econômicos do direito se recusam a posicionar-se no extremo oposto e conferir à teoria econômica do direito o título de o novo formalismo”.

Diante da constatação apresentada, ocorre na década de 80, do milênio passado, o giro pragmático inicial da Escola de Chicago, com a fundação do movimento denominado “*Escola de New Haven*” (Escola Reformista). Influenciou-se, assim, a flexibilização dos *standards* iniciais propostos pelos analíticos econômicos, que se mostrariam mais úteis (aplicáveis) ao direito, em que a economia, pelas suas regras e leis, seria considerada um meio probatório voltado à comprovação empírica das regras postas sobre análise, sem que isso importasse em uma alteração da caracterização própria dos institutos produzida pela ciência jurídica.

Por essa segunda fase, observa-se um resgate da teoria realista fundada por Oliver Wendell Holmes Júnior, admitindo-se que o direito poderia conter critérios indeterminados, fato fundamental que elegeu o critério econômico como método empírico de observação do comportamento jurídico, não sendo da sua natureza o dever de influenciar a impessoalidade e os objetivos norteadores de um caso concreto, conotando uma visão cética sobre o cientificismo e o formalismo norteadores da primeira fase da Análise Econômica do Direito.

Segundo Minda (1995, p. 99), nessa nova fase, os adeptos da Análise Econômica do Direito reduzem as suas expectativas normativas a aspectos mais modestos, afirmando que a ciência do direito, no seu critério conceitual, poderia ser entendida com um conjunto de regras (sistema), elaboradas a partir da racionalidade humana ligadas à ciência comportamental, cujo pilar estaria calcado em interesses de ordem econômica.

Vale destacar que a ruptura causada com o abandono do critério da eficiência como elemento constitutivo do direito, fez com que os seus defensores vertessem a sua atenção para aspectos intuitivos balizados, sobremaneira, pelo “senso comum”. Assim, a eficiência econômica teria um papel a ser desempenhado, qual seja, o de direcionar os juízes americanos na busca pela melhor decisão possível de ser alcançada, ofertando, assim, a melhor abordagem disponível para o direito.

A partir do giro pragmático formalizado, continua Minda (1995, p. 100), o foco analítico é desenvolvido a partir de um critério comportamental, em que os aspectos ligados aos cálculos direcionados a uma análise baseada no custo e benefício individual se mostra como o melhor mecanismo para a compreensão e avaliação da natureza das relações jurídicas e, conseqüentemente, a forma mais eficiente de se decidir o caso concreto.

Nessa perspectiva, a teoria econômica do direito ganha uma explicação voltada para o mundo particular (individual), em que a racionalidade e os interesses inerentes a cada cidadão são os melhores instrumentos para a compreensão da ciência do direito e da decisão judicial.

Nessa segunda fase, os adeptos da teoria da Análise Econômica do Direito possuem plena consciência de que nem sempre as atividades desenvolvidas por um cidadão (indivíduo) possuem natureza eficiente.

Todavia, na sua visão, essa análise comportamental considerará essas atividades como um produto inerente da denominada “razão pragmática”, em que o subjetivismo seria considerado o mecanismo capaz de solucionar os denominados “casos difíceis” (*hard cases*).

Por essa abordagem de caráter pragmático e pautado em uma visão econômica, os operadores analíticos adeptos à confluência do Direito com a Economia descrevem que o devido exame fenomenológico do direito deve ser operado e resolvido na escala de “testes de hipóteses”. Desse modo, seria evidenciado um ambiente estável e seguro, capaz de justificar a decisão alcançada pelo Juiz, em que seria possível, ainda, auferir resultados universais (precedentes), decorrentes do devido estudo, baseado em experimentações.

Por esse pano de fundo, Posner adere à segunda geração dos critérios analíticos do direito, adotando uma visão pragmática, atribuindo ao processo decisório, ponto fulcral dos pensamentos do autor, uma perspectiva aliada aos fatos norteadores do acontecimento jurídico evidenciado, o que se afastou das premissas constitutivas da denominada “Escola de Chicago”.

Tal distanciamento se dá em razão da manifestação realizada por Posner, de que os adeptos da primeira geração da “Escola de Chicago” se preocuparam demasiadamente na manifestação empírica da denominada “eficiência”, o que teria provocado um retrocesso ao estudo do Direito ao invés do avanço pretendido, uma vez que ao se pontuar a necessidade de uma justificativa eivada de critérios de certeza jurídica, os analistas econômicos deixaram de atentar-se para as conseqüências advindas do processo decisório.

Em razão desses fundamentos descritos no pensamento defendido por Posner, a linguagem ganha posição de destaque, insistindo que o processo decisório praticado por um juiz possua um olhar destinado às necessidades sociais, devendo ser abandonados os critérios objetivos e impessoais. Nesse ponto, Arruda (2011, p. 81) afirma que: “A partir desta guinada pragmática, Posner passa a defender uma visão consequencialista (*forward-looking*) e, num certo sentido baseada no senso comum, mais do que uma teoria estrutural ou fundacional”.

Nesse sentido, o autor busca encontrar respostas adequadas para casos reais postos em análise, sendo, desta forma, construída uma narrativa preocupada, essencialmente, com o resultado (resposta) aplicado ao caso em análise, ao invés de evidenciar uma preocupação baseada em uma objetividade e construída considerando os aspectos consequencialista do caminho eleito no processo decisório.

É importante destacar que o neopragmatismo defendido nesta segunda fase da Análise Econômica do Direito se mostra cético quanto a influência dos critérios econômicos sobre a ciência do direito, porém, tem como elemento de sustentação do seu pensamento o processo de experimentação, próprio da ciência econômica.

Contudo, agora, é realizada de forma eletiva e não obrigatória, como visto na primeira fase da Análise Econômica do Direito, atribuindo ao juiz o dever de observar se a instrumentalização empírica para a solução da lide posta em análise e pendente de decisão é realmente necessária.

Essa alteração do pensamento defendido por Posner é observável pela análise das obras “*Economic Analysis of Law*” (1973) e “*The problems of the jurisprudence*” (1990), em que na primeira obra Posner afirma que, a partir de critérios econômicos, os Juízes possuiriam os mecanismos necessários para uma resposta eficiente dos casos postos, buscando na teoria econômica conceitos e regras necessárias para sua concretização. Todavia, já na sua segunda fase, o autor descreve uma desconfiança acerca da existência de respostas certas no campo da ciência jurídica, procurando na teoria econômica as regras instrumentais necessárias para entrega de uma resposta adequada ao caso apresentado, circundando a esse limite o papel dos critérios econômicos aplicados ao Direito.

Assim, pela alteração do seu pensamento e da sua teoria, Posner passa a admitir que os critérios da eficiência e da maximização da riqueza, defendidos na sua primeira fase, não serviriam, a partir desse momento, com fundamentos

estruturantes do seu pensamento pragmático jurídico, atribuindo à Economia o papel de metodologia pragmática aplicável, quando necessária, ao caso concreto e quando o consenso dos valores sopesados se mostrarem favorável à sua aplicação.

Por todo o exposto, o que se pode extrair do processo de giro pragmático sofrido pela “Análise Econômica do Direito” ‘é que o vocábulo eficiência alcança um significado ampliado nessa nova fase, descolando-se da conceituação experimentada na primeira fase de um quase sinônimo de “maximização das riquezas”. Agora, ele passa a ser observado a partir de um papel consequencialista das decisões proferidas consubstanciadas em fatos, sendo importante, nessa nova etapa, o processo investigatório tendente a descobrir quais processos decisórios, ao seu final, alcançarão as decisões mais eficientes, cuja consequência possa produzir efeitos sobre toda a sistematização do direito (precedente) ou aplicável apenas a um determinado caso concreto posto em análise.

3.2 O pensamento pragmático de Richard Posner

É importante considerar que o pensamento pragmático pregado por Posner afasta-se da tradicional doutrina descrita por Charles Sanders Peirce ou pelo juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes Júnior, ou pelos demais integrantes do “Clube Metafísico de Harvard”, em que a teoria pragmática surge como uma terceira via às teorias racionalista (Escola Alemã) e Empírica (Britânica), rejeitando, sobremaneira, o dualismo característico da metafísica, tal como: “realidade” e “aparência” -, deixando a construção conceitual relegada ao resultado investigativo decorrente dos experimentos realizados.

Nesse sentido, o pragmatismo clássico idealizado pelos integrantes do “Clube da Metafísica de Harvard” apresentou uma teoria que buscava aliar os conhecimentos decorrentes do processo cognitivo dedutivo (pensamento), com a experimentação e aplicação nos casos analisados (prática), objetivando, com isso, demonstrar que determinados elementos conceituais centrais apenas possuíam indeterminação pela simples ausência de clareza terminológica, conforme pontuado por Wall (2005, p. 18).

Todavia, Posner busca aliar a teoria pragmática clássica, construída e difundida no final do século XIX, com a lógica, característica predominante da primeira fase da Análise Econômica do Direito, desconstruindo o processo de tomada de decisão baseado no raciocínio jurídico e relegando a solução dos

problemas práticos ao uso da lógica e metodologias baseadas no pensamento prático e observado cotidianamente na autocomposição de conflitos pelos cidadãos (POSNER, 2016, p. 613).

Na percepção de Posner (1993, p. 295), a compreensão do direito não se encontraria caracterizado na teoria consagrada no pensamento de Holmes, muito embora o autor neopragmático reconhecesse a correção do pensamento esboçado por Holmes nas suas primeiras linhas, quando afirmou que o direito se traduziria em uma previsão realizada do que será a decisão dos Juízes quando confrontados pelo caso prático. Posner diverge da conclusão alcançada por Holmes, que relega aos Juízes o papel de analistas do direito posto. Para o autor, o direito seria construído, inclusive quanto à sua teoria, a partir do processo decisório dos Juízes, sendo os precedentes as previsões decorrentes dos desdobramentos da decisão tomada.

A partir da construção informada, Posner afirma que o direito não é algo que decorre do sentir dos Juízes (descoberta), mas se evidencia como um conjunto de situações hipotéticas apresentadas pelos integrantes do sistema judiciário (advogados, promotores de justiça, defensores públicos, juízes), cuja análise e decisão se dará na Corte Superior (Suprema Corte), que, na sua atividade jurisdicional, declarará, em última análise, a construção jurídica de maior eficiência, balizadora das previsões a serem realizadas nas novas análises de temas análogos.

Portanto, para o autor, o Direito não consiste em um conjunto de regras e padrões a serem observados de forma estática, em que as respostas se evidenciariam presentes em uma concepção do “saber jurídico” surgiria, no entanto, de uma análise baseada em um conjunto normativo de dizeres, aliado aos aspectos morais aplicáveis ao caso (POSNER, 2016, p. 302).

Portanto, Posner admite a discricionariedade dos Juízes na aplicação do direito no caso prático, descrevendo a aplicação de critérios políticos como elementos capazes de embasar o processo decisório do caso prático.

Em verdade, o autor afirma que buscar a manutenção do véu da ignorância como uma verdade não declarada, nesse aspecto, é uma luta quixotesca digna de um romance (POSNER, 2016, p. 302).

Nesse sentido, Posner descreve que uma disputa jurídica não se circunscreve aos limites da decisão pretendida, mas configurar-se-ia como um vetor para pensar o Direito, nas suas diversas vertentes, ao invés de construirmos respostas procedimentais consubstanciada em um procedimento confuso e observado na prática (POSNER, 2016, p. 311), razão pela qual o seu trabalho

verte esforços na construção de uma teoria do direito mais maleável, baseada em investigações empíricas, mas que ao mesmo tempo seria capaz de abandonar a busca pela unidade, ordem e método integrador (MINDA, 1995, p. 102).

Por uma visão proposta, Posner se vê obrigado a abandonar o formalismo econômico preconizado na primeira fase da construção da “Análise Econômica do Direito”, para a elaboração e construção de uma aproximação pragmática para com o tema posto. O autor oferta uma proposta inserida entre a proposta formalista e realista da filosofia do direito, reunindo dizeres posicionados na teoria pragmática clássica e elementos carregados com o neopragmatismo.

A partir dessas considerações, Posner descreve o seu pensamento como uma vertente pragmática, cuja investigação se encontraria posicionada nas virtudes científicas, pautando os seus experimentos na resposta ao questionamento basilar de seu pensamento: o que funciona?

Posner (2016, p. 622) buscou, dessa forma, atribuir um caráter científico ao direito, objetivando, com isso, promover investigações, observar os pontos falhos, flexibilizar regras e propor mudanças, caso sejam necessárias.

Por esse raciocínio, Posner (1996, p. 420) encaminha a sua teoria para o consequencialismo, revelando que a teoria pragmática tem como ponto fulcral de interesse a investigação das regras e decisões que produzem resultados desejáveis (funcionam) e no que se apresenta como útil no processo investigativo (utilidade), afastando a sua preocupação do aspecto existencial (ser) do objeto de estudo.

Assim, Posner não busca elaborar uma base teórica adequada, mas revela que seu método será baseado no processo da experimentação, que, nas palavras do autor, seria um processo de tentativa e erro, consubstanciada em um método de melhoria e prevenção, capaz de controlar tanto o meio físico como social, sendo, assim, um processo darwiniano de seleção natural. Dessa maneira, não seria concretizada em prol da finalidade pretendida, revelando-se como um método concebido como meio para se apresentar a “verdade” (POSNER, 2003, p. 09).

Em um quadro representativo, Posner atribuiu à sua construção neopragmática três características que nortearam a formação da sua teoria, a saber: em primeiro lugar, a descrença em respostas corretas absolutas, como elemento ensejador de uma certeza epistemológica ou social, em segundo lugar, propõe que o empirismo científico seja empregado, sendo o foco da análise a consequência alcançada (consequencialismo) e, por fim, em terceiro lugar,

ressalta o aspecto social aplicado ao processo decisório, renunciando aos critérios impessoais e objetivos.

Portanto, pela sua construção neopragmática, Posner inaugurará sua segunda fase do pensamento e focará os seus esforços na consequência dos caminhos escolhidos pelos Juízes e na adequada resposta ofertada à sociedade das demandas apresentadas (eficiência).

3.2.1 O paradoxo da autonomia do direito na visão de Richard Posner

A crise da modernidade jurídica eclodida, em especial no final da década de 60, promoveu uma reconsideração dos paradigmas estabelecidos relacionados à autonomia do direito diante de outras ciências, restando por promover um repensamento de toda a estrutura constitutiva da ciência jurídica.

Em grande parte, a construção da crise observada nas ciências jurídicas teria como fundamento a linguagem, ou seja, os aspectos e significados atribuídos a cada signo linguístico para que uma estabilidade e, por conseguinte, uma segurança jurídica, fosse constatada no campo do Direito.

Todavia, para que essa estabilidade fosse observada, necessário seria a construção, com fulcro no consenso, dos elementos constitutivos conceituais utilizados no Direito, o que não se mostrava possível, uma vez que, para os pós-modernistas, os critérios constitutivos da “verdade” e do “conhecimento” não poderiam ser objeto de experimentações, restando por impossibilitada a comprovação do alcance do conceito elaborado e a produção de verdades capazes de ensejar a “justiça”.

Pela narrativa formalizada, os pós-modernistas visaram descrever uma realidade em que as ciências jurídicas careceriam de autonomia, uma vez que essa não seria capaz de produzir elementos verificáveis ensejadores de um conceito universalmente aplicável, sendo, no máximo, constatadas verificações locais, baseadas em premissas e decisões construídas a partir dos aspectos culturais vivenciados pelo cidadão daquela sociedade.

Assim, segundo Posner (2016, p. 477), os Juízes, no curso do processo decisório, buscariam positivar, nas suas decisões, caminhos capazes de maximizar o resultado para uma das partes, porém com o menor impacto cotidiano para a outra parte, objetivando, com isso, atingir algo similar ao proposto pela teoria econômica, quando descreve os fundamentos da “maximização da riqueza”.

Analisa-se, assim, um dever do Estado de excluir da equação legal formada as externalidades e as suas consequências, uma vez que essas não gerariam resultados eficientes.

Segundo a teoria econômica, ao descrever a “maximização da riqueza”, o estudioso dessa ciência tem como foco o processo de facilitação propiciado pelos diversos *players* inseridos no mercado livre, objetivando, com esse ato, ofertarem um ambiente favorável ao processo autônomo de busca individual da utilidade, promovendo, para tanto, processos transacionais em que a sua curva de perda se encontre sempre inferior à sua curva de ganho. Possibilita-se, com isso, um processo de transferência de riquezas para os detentores do meio de produção.

Pelo jogo proposto, observa-se que os indivíduos inseridos em uma determinada sociedade e que não sejam detentores de ativos produtivos, igualmente, não teriam direito a “nenhuma reivindicação ética sobre os bens dos outros” (POSNER, 1980, p. 497).

Nesse ponto, podemos afirmar que a premissa apresentada por Posner não se configura como uma hipótese capaz de ser inserida na maximização da utilidade, como descrita pelos utilitaristas, que teria como foco descritivo dos seus atos as consequências advindas das ações formalizadas pelo indivíduo. Em sentido outro, a maximização da riqueza tem como objetivo o processo de promoção de consequências de maior eficiência, consubstanciado nas prerrogativas consignadas na “teoria econômica”.

Portanto, pela visão oferecida pelo autor, podemos inferir que a os adeptos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) teriam como processo cognitivo conceitual uma consequência eficientista, uma vez que em um sistema de maximização de riquezas, cuja alocação de recursos possui carga eficiente, essa teria como consequência observável a percepção pela sociedade da realocação dos recursos, que propiciaram um aumento das riquezas.

Assim, em um determinado processo decisório, os Juízes possuiriam a prerrogativa de estabelecer procedimentos e regras para uma solução eficiente dos litígios.

Na sua primeira fase, a “Escola de Chicago” enxergaria o indivíduo como aquele que pautaria o seu processo de decisão no fundamento econômico do “custo e benefício” aplicado às escolhas elegíveis como possíveis solução à questão posta.

Pelo método proposto pela teoria econômica, “custo e benefício”, Posner (2021, p. 16) informa que a utilização dessa metodologia teria a capacidade de promover um caminho adequado para a mensuração das consequências

alcançáveis decorrentes de cada uma das decisões disponíveis ao julgador, possibilitando a esse, escolher aquela direção que terá como resultado o maior número de benefícios capazes de serem redistribuídos pela sociedade (POSNER, 2008, p. 252).

Nesse ponto, é importante salientar que a Análise Econômica do Direito, na sua concepção teórica, identifica as consequências das decisões judiciais se valendo do critério econômico norteador do “custo e benefício”, deixando, no entanto, a critério do julgador, o trabalho de avaliar os elementos ensejadores das consequências observáveis.

Ao importar a teoria econômica do “custo e benefício” para a teoria do direito, a lacuna produzida pela afirmação de que “o economista não deveria se incumbir da tarefa de dizer ao responsável político quanto peso atribuir aos fatores econômicos” se evidencia de forma latente, sendo exigida uma resposta adequada para a solução desse vácuo apresentado (POSNER, 1979, p. 287).

Ainda, afirma Posner (2004, p. 152), a respeito desse vácuo observado, que no seu processo de valoração dos “fatores” apresentados em uma determinada solução fática, o julgador deveria ter consignado no seu processo valorativo a potencialidade observável dos danos diretos ou colaterais à segurança jurídica, decorrentes das alterações de curso, ao se decidir pela não aplicação de um precedente consolidado na jurisprudência doméstica.

Contudo, destaca-se que a Análise Econômica do Direito (*Economics and Law*) teve como foco a supervalorização do consequencialismo, relegando a um segundo plano a estruturação normativa do direito, uma vez que o enfoque construído por esta corrente produzia aplicações próprias dos mecanismos mercadológicos em situações alheias a esse universo limitado de possibilidades, tais como: questões raciais e criminalidade, ensejando um campo fértil para os seus críticos. Esse pensamento, segundo as suas manifestações, deixou de apresentar explicações concretas de como e por que a estruturação da teoria econômica poderia efetivamente influenciar e direcionar, em especial metodologicamente, a teoria do direito.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, um dos principais filósofos norte-americanos, afirmou que o pensamento constitutivo da Análise Econômica do Direito se traduziria em uma teoria incompleta.

Vertendo a sua principal crítica ao fato de que no processo de atribuição de valor aos recursos disponíveis perante a sociedade é fundamental se estabelecer o método de valoração e distribuição desses recursos, segundo direitos previamente definidos, esse processo se concentra na fase anterior a

produção da decisão como elemento de cunho generalistas e abstratos e não como imaginado por Posner na construção do seu pensamento.

Esse processo se dá em razão de que o pensamento analítico econômico do direito volta o seu olhar sobre o critério da eficiência econômica e no valor atribuído a riqueza, ignorando, no entanto, os direitos conferidos aos litigantes no curso de um processo, em especial do acesso a uma justificativa adequada à alocação e sopesamento dos fatores inerentes aos recursos disponibilizados, razão essa que demonstraria a existência de um paradoxo na construção do pensamento de Posner.

Ao analisarmos o vocábulo eficiência, na sua origem, ele foi concebido como meio posto à disposição do regime geral de maximização da oportunidade (ARRUDA, 2011, p. 77), servindo como vetor para o alcance de todos os indivíduos da concepção social de bem, ensejando, nessa esteira, um compromisso finalista da Análise Econômica do Direito (*Economics and Law*) com os meios investigativos utilizados na busca pela resposta eficiente ao problema posto em análise, inexistindo, após a escolha da trajetória a ser seguida, um caminho outro a ser observado pela prática jurídica.

Contudo, tal opção teórica encaminha o direito a uma condição de meio a serviço do objetivo último social, a eficiência, conferindo a esse conceito uma autossuficiência em detrimento de todo o sistema, convertendo, nesse sentido, o critério da maximização da riqueza a um caráter fundamental, abandonando, de forma contundente, as suas raízes instrumentais.

Vale destacar, nesse ponto, que ao adquirir as características ressaltadas, a Análise Econômica do Direito promoveu um afastamento do seu caráter pragmático embrionário, impondo à maximização da riqueza um caráter próprio dos atributos da moralidade do direito, o que ensejou o seguinte questionamento: por que um critério posicionado fora dos limites das ciências jurídicas (extrajurídico) poderia ter maior peso valorativo do que critérios cunhados nos limites da teoria do direito?

Em resposta ao questionamento formalizado, Posner sustentou que a formação de um pensamento coletivo comum (consenso) seria o elemento garantidor da normatividade dos critérios inerentes à maximização das riquezas.

Na sustentação à sua resposta, Posner justifica que os Juízes, no seu processo decisório, valem-se de diversos métodos não redistributivos, o que significa afirmar que a visão de consenso poderia ter carga presumida, mas, por outro lado, também significaria que os grupos detentores dos fatores de produção (grupos políticos), igualmente, não poderiam enveredar a formação legislativa por

caminhos estanhos diversos dos norteados pela eficiência (POSNER, 1980, p. 488).

É importante expor que a tentativa de apresentação de uma justificativa para as críticas ofertadas, em especial as considerações feitas por Ronald Dworkin, não se mostrou como uma tarefa de baixa complexibilidade, principalmente no que tange à defesa da atribuição do caráter de “valor” ao elemento “eficiência”, quando analisado como aspecto constitutivo da teoria política e jurídica.

A respeito da crítica construída ao seu pensamento, Posner (1979, p. 301) informa que o caminho a ser percorrido pela ciência é o da explicação empírica de fenômenos aparentemente afastados e desconexos, sendo possível a sua análise a partir de um mesmo método (modelo teórico), que ofertaria ao investigador uma das inúmeras respostas possíveis ao caso em análise.

Portanto, a busca por um consenso acerca da “maximização da riqueza” como elemento balizador do processo decisório, apresenta-se como uma hipótese a ser comprovada pela investigação proposta.

Muito embora Posner (2021, p. 02) tenha produzido a sua resposta às críticas formalizadas à teoria defendida pela “Escola de Chicago”, esse se rendeu às afirmações de que o elemento subjetivo da relação jurídica processual (Juízes) não possuía o conhecimento acerca das ciências econômicas em níveis desejáveis para sustentação da sua visão, tendo, ainda, sido erguida outras barreiras ao pensamento analítico econômico do direito, em especial, na dificuldade de tradução em um conceito comum e universalmente abstrato do que seria “bem estar econômico” e do “homem como maximizador racional”. Esses seriam os principais problemas apontados pelos críticos da *Economics and Law*, no processo de transposição da abstração científica econômica para o direito (ARRUDA, 2011, p. 79).

Assim, na sua primeira fase, a teoria descrita pelos adeptos da Análise Econômica do Direito, direcionou-se no sentido traçado pelo formalismo jurídico, descrevendo um conceitualismo econômico em clara substituição ao conceitualismo jurídico, fonte primeira da crítica realizada por essa corrente de pensadores, como afirmado por Posner (1995, p. 02).

Diante do quadro apontado, os adeptos da Análise Econômica do Direito, em razão das críticas sofridas, das quais grande parte desses autores não conseguiram responder de forma satisfatória, promoveram uma reformulação do seu pensamento, traço esse observado de forma mais contundente em meados

de 1980, com a fundação da Escola Reformista, o que determinou a transição para a segunda fase da construção do pensamento analítico econômico do direito.

Por intermédio dessa breve consideração inicial, pode-se observar que, na sua segunda fase, a Análise Econômica do Direito adota um viés comportamental, em que a metrificacão dos parâmetros inerentes ao “custo e benefício”, segundo a sua concepção, seria considerada a melhor forma de compreensão e avaliação das relações jurídicas.

A partir desse giro metodológico, a *Economic and Law* oferece uma resposta mais consistente às críticas sofridas, em especial a partir das manifestações de Dworkin nos seus diálogos com Posner, em que o pragmatismo e as leis da economia ensejariam um ambiente no qual o processo analítico das ciências jurídicas deveria se dar e ser explicado com base em hipóteses e teste realizados, capazes de comprovar a sua eficiência e a maximização dos interesses sociais.

Pela flexibilização proposta na sua segunda fase, essa corrente de pensamento busca reduzir o rigor científico apresentado na sua primeira fase, buscando, com isso, alcançar um alicerce mais estável, capaz de justificar os resultados alcançados no processo de investigação jurídica.

No curso do processo de evolução dos elementos de sustentação da visão analítica econômica do direito, parte dos seus adeptos buscaram, além das prerrogativas econômicas, adotarem elementos de outras ciências, tais como: filosofia, antropologia, sociologia -, enquanto de outro lado outros adeptos buscaram apurar o método analítico elaborado, em especial reconhecendo a sua limitação de atuação na esfera do direito. Evidencia-se, assim, uma proposta interdisciplinar de análise dos elementos estruturantes das ciências jurídicas. Por fim, uma outra vertente dessa corrente buscou estabelecer parâmetros burocráticos derivativos da teoria do jogo, sob a justificativa que a análise extraída por essa construção possuiria um viés econômico e realista, sendo uma proposta capaz de rejeitar o formalismo economicista descrito no pensamento norteador da primeira geração.

Em meio a esse cenário de transição apontado, Posner se enveredou na construção dos seus manuscritos analítico econômico, por uma perspectiva de ordem pragmática, o que é observado nos seus trabalhos publicados a partir de 1990, em especial “*The Problems of Jurisprudence*”, em que o seu pensamento se mostrou baseado em uma visão econômica do direito aproximada do pragmatismo, afastando-se, desse modo, das manifestações ideológicas realizadas nessa segunda fase pelos integrantes da “Escola de Chicago”. Isso

provocou um olhar mais apurado do autor sobre as questões fáticas exibidas no mundo.

Em razão da alteração substancial da sua crença, Posner, na sua segunda fase, agora já divorciada do pensamento dominante da “Escola de Chicago”, acusa o sistema jurídico de fixar a sua atenção no passado ao invés de evoluir e se desenvolver, estabelecendo que as questões inerentes à segurança jurídica, por exemplo, seriam formalizada pelos juízes, atribuindo, assim, pouca importância às consequências alcançadas em razão de uma determinada decisão ou mesmo as fontes extrajudiciais do conhecimento (ARRUDA, 2011, p. 81).

Assim, em razão do giro pragmático promovido, Posner adota uma visão consequencialista, consubstanciada no senso comum, mais do que uma teoria calcada na sua estrutura ou nos seus fundamentos intrínsecos. Por essa nova fase do seu pensamento, o autor constrói no pragmatismo, em especial no estudo da linguagem, as bases da sua teoria, observando com desconfiança, as propostas fulcradas no cientificismo e na objetividade. Posner estabeleceu, a partir das premissas apresentadas, que o direito e os elementos econômicos aplicáveis deveriam ser julgados segundo as necessidades sociais evidenciadas e não com base em critérios pessoais ou objetivos desconexos, em grande parte, com a realidade vivida pela sociedade. Posner afirma que o dever de um juiz ao prolatar a sua decisão deve se direcionar para o bem-estar social.

Portanto, mostra-se evidente o processo evolutivo do pensamento de Posner, uma vez que na sua obra e estreia “*Economic Analysis of Law*” (1973), a sua teoria se mostrava consubstanciada no papel dos Juízes e no processo construtivista de convencimento, baseado em critérios e leis próprias da economia. Na sua segunda fase marcada pela edição da obra “*The Problems of Jurisprudence*” (1990), o ceticismo domina o pensamento do autor, que não consegue enxergar respostas adequadas e corretas para as questões postas a partir da ciência jurídica, recorrendo, nesse momento, às leis e regras econômicas apenas com elemento instrumental necessário para a solução das questões postas, como defendido pelo pragmatismo.

A partir do giro pragmático observado, o pensamento do autor de Chicago adota uma lógica de meio em uma clara substituição à lógica finalista evidenciada na primeira fase do seu pensamento, passando a descrever que os elementos “eficiência” e a “maximização da riqueza” não podem ser considerados tipos capazes de sustentar sua teoria, renegando a esses o papel de validação das decisões judiciais proferidas, as regras componentes do sistema jurídico e as suas instituições. Em razão das considerações formatadas, a economia assume um

papel menor nessa fase do pensamento de Posner, sendo, por conseguinte, considerada apenas como uma metodologia pragmática aplicável aos casos quando os fatores externos (consenso sobre a preferência de valores) assim o permitem (POSNER, 2008, p. 237).

Portanto, com o giro pragmático, a eficiência recebe um sentido ampliado e maior que o pensamento hermético ligado à “maximização da riqueza”, sendo definido como um elemento consequencialista decorrente das decisões proferidas e as instituições produzidas na realidade fática. Nessa oportunidade, é fundamental se definir quais caminhos decisórios produzem as melhores consequências, que segundo Posner (2008, p. 237), podem adotar tanto o critério temporal (longo ou curto prazo), quanto o critério subjetivo (indivíduo e coletividade) para fins de mensuração das suas consequências.

A esse respeito, podemos nos socorrer pela lição proposta por Sgarbi (2020, p. 100), que estabelece a eficiência como um dos predicados da Teoria do Direito, informando que isso ocorrerá quando “uma norma, decisão ou meio operativo alcança o seu objetivo com o menor custo ou dispêndio de energia”.

Todavia, cabe destacarmos que a proposta pragmática construída por Posner é configurada como eclética, uma vez que não possui aderência a nenhuma escola ou movimento pragmático.

3.2.2 A virada pragmática do pensamento de Richard Posner

O pragmatismo jurídico idealizado por Posner não possui precedentes, porém contém contornos pós-modernos evidenciados nos seus artigos e livros, sem que com isso haja sido formulada uma teoria inovadora. Em verdade, o que se observa é uma compilação dos pensamentos consignados no raciocínio intuitivo e no processo de observação do senso comum, fundamento da denominada “filosofia neoprágmatista”, concebida por Charles Pearce.

O autor, mesmo após o seu giro pragmático, continuou a apresentar traços progressivos no seu pensamento, em que os elementos lógicos caracterizadores da primeira fase da Análise Econômica do Direito ainda podem ser notados. Nesse sentido, Posner (1993, p. 613) relata que a afirmação de existência de uma lógica jurídica não encontra fundamento de existência no sistema da ciência do direito, uma vez que as querelas em análise são sempre resolvidas a partir de uma lógica comum e métodos práticos de solução de questões experimentadas cotidianamente por qualquer indivíduo.

Por uma teoria pragmática idealizada por Oliver Wendell Holmes Júnior, especialmente consignada no seu artigo “*The Path of Law*” de 1897, Posner constrói as premissas pragmáticas do seu pensamento, afirmando que Holmes estava correto ao descrever que “o direito é a previsão daquilo que os juízes farão quando se virem diante de um caso específico” (ARRUDA 2011, p. 84). Essa ideia, posteriormente, seria conhecida como teoria da atividade ou da previsão (POSNER, 1993, p. 295).

Nesse sentido, Posner informa que o direito não é uma ciência descrita a partir do processo de descoberta, mas decorre de uma construção social embasadora do processo cognitivo do julgador, chegando a afirmar na sua obra “*The Problem of Jurisprudence*” que o direito seria configurado como “um conjunto de hipóteses que advogados e juízes de tribunais inferiores propõem a propósito de regularidades no comportamento dos juízes dos tribunais superiores” (POSNER, 1993, p. 301).

Assim, ao proferir uma decisão em um determinado caso, os Juízes seriam responsáveis pela criação da teoria do direito aplicável aquela determinada situação, sendo para o autor a teoria do direito criada a partir do processo decisório conferido aos magistrados, bem como às tendências observáveis das suas futuras decisões.

Portanto, para Posner, a ciência do direito não consiste apenas no conjunto normativo codificado, mas igualmente é formado pelos aspectos morais e políticos que emanam da sociedade, sendo essa concepção uma manobra no jogo político e ideológico, quando as regras positivadas não se apresentam como adequadas ou omissas na solução de determinada querela (POSNER, 1993, p. 302).

Apesar do alto grau de discricionariedade conferido por Posner aos Juízes, no seu pensamento, o processo formador da teoria do direito necessita dessa prerrogativa, sendo as contribuições divergentes a essa premissa errôneas ou no mínimo direcionadas a uma luta quixotesca contra os moinhos de vento, uma vez que a sociedade pode se mostrar ignorante quanto aos procedimentos necessários à formação de uma determinada decisão. Porém, essa mesma sociedade não poderia se mostrar alheia à decisão em si e aos seus efeitos sociais (POSNER, 1993, p. 302).

Para o autor, a reflexão sobre os elementos constitutivos do direito não se pode localizar na fase pré-decisória, uma vez que, na sua percepção, inexistente direito dissociado de um processo.

Por um caos provocado em razão de um direito pré-concebido é que Posner encontrará o fundamento de sustentação da sua teoria e migrará a

atenção dos indivíduos para a decisão proferida, que possuirá uma dupla carga. A primeira é imediata e direcionada à oferta de uma resposta adequada (eficiente) ao litígio apresentado. A segunda, de ordem mediata, é direcionada à criação da teoria do direito, que norteará os julgamentos semelhantes, bem como balizará as decisões futuras dos juízes.

Dessa forma, Posner propõe uma teoria do direito flexível, cujo foco seja baseado em investigações de caráter empírico, mas que ao mesmo tempo seja capaz de renunciar a busca de uma unicidade, ordem pré-formatada ou mesmo uma metodologia própria e exclusiva integradora (MINDA, 1995, p. 102).

Assim, diante do giro pragmático promovido, Posner propõe uma solução transacional entre o pensamento formalista e os elementos constitutivos do realismo, reunindo, desse modo, na concepção do vocábulo “pragmatismo”, as impressões inferidas a partir das visões esposadas por Pierce, James, Dewey, Mead Kuhn e Rorty, embora o autor reconheça haver resistência na declaração de existência de uma tradição fulcrada no pensamento pragmático apresentado (POSNER, 1993, p. 86).

Considerando os elementos preliminares apontados, Posner enfatizará que seu pensamento pragmático será erguido pela virtude científica, pautando a sua construção na exteriorização de resultados práticos e na concretização de decisões deitadas em uma matriz maximizadora dos objetivos traçados e consubstanciada nos desejos do indivíduo. Segundo Posner (1993, p. 622), a ciência jurídica é carecedora de um viés científico mais aprimorado, que detém a capacidade de investigação aprofundada, seja flexível e adaptável às constantes mudanças, capaz de demonstrar suas falhas, bem como objetivar desafios a serem superados, em especial, que respeite a realidade dos fatos e tenha a humildade necessária para aceitar que se tornou obsoleta em algum ponto e se direcione no sentido de alcançar mudanças eficientes em prol da coletividade.

No entanto, cabe destacarmos que a proposta de Posner não tem como direcionamento a formação de um dogma científico ou mesmo de uma teoria, mas se direciona no sentido do empirismo pautado na imparcialidade, pousando o foco do estudo sobre o processo investigativo, relegando a um segundo plano o resultado obtido e excluindo da equação analítica o conceitualismo metafísico ou mesmo os fundamentos jurídicos consubstanciados na fé (dogmáticos).

Nessa esteira, o autor discorre que o processo de criação do direito, em especial a sua teoria geral, não é um resultado de experiências acumuladas ao longo dos anos, mas decorre que essa decorre do processo avaliativo promovido pelos Juízes no momento das decisões prolatadas. Essa é a razão pela qual

Posner (1993, p. 608) afirma inexistirem “verdades finais”, muito embora reconheça que a tradição jurídica exerça um papel limitador às pesquisas empíricas por serem realizadas sob o argumento de se provocar uma instabilidade estrutural capaz de impedir que as decisões possuam certeza e previsibilidade no que tange às relações obrigacionais formatadas.

Diante da realidade destacada, Posner adota o pragmatismo como teoria em contraposição ao conceitualismo metafísico, cujo objetivo seria derrubar a construção de uma trilha direcionada a obtenção de verdades (ARRUDA, 2011, p. 86). Nesse sentido, a rejeição proposta por Posner é de tamanha magnitude no que se refere à aplicação no sistema do direito da metafísica conceitual, levando o autor a afirmar, categoricamente, que “os juízes do sistema norte-americano são antiteóricos simplesmente por causa da tradição casuística anglo-americana de decisão judicial” (POSNER, 1997, p. 09).

Portanto, na visão pragmática de Posner, a construção de uma base filosófica adequada para a exteriorização da sua teoria e posterior execução não se mostram relevantes. Em verdade, a proposta ofertada pelo autor é inversamente proporcional a essa cognição tradicional.

Na sua visão, o autor descreve uma teoria pautada no consequencialismo, defendendo a ideia de que a teoria pragmática se encontraria calcada nos experimentos destinados à comprovação do que realmente funciona e na utilidade das descobertas realizadas, deixando de lado o caráter conceitual próprio do direito (POSNER, 1995, p. 07).

Na sua visão, o processo de investigação e experimento seriam traduzidos em uma prática de tentativa e erro, um esforço contínuo aplicado pelo juiz, no intuito de que fosse evidenciado novas formas de prever e controlar o ambiente físico e social, sendo esse modelo experimentalista uma clara manifestação das teorias darwinistas de seleção natural.

Pelo experimentalismo, Posner elabora a sua questão matriz: “que diferença prática, concreta e observável isto faz para nós?”. Pela questão elaborada, o autor descreve que o pragmatismo proposto, a partir da sua obra, tem como elemento essencial o instrumentalismo, cuja função seria vislumbrar o futuro, retornando essa visão ao indivíduo, para que esse, pelo lampejo observado, fosse capaz de promover as ações revestidas de maior eficácia (1993, p. 40).

Em continuidade às observações mencionadas, cabe destacarmos que o autor descreve que o processo cognitivo aplicado sobre as questões inseridas sob a ótica do direito, que deverão ser respondidas por uma investigação de validade

por um método instrumental adequado, sendo afastado, nesse processo investigativo, questões de ordem formalista, ou mesmo de conotação política. Esse pensamento é ligado a um critério analítico comportamental delineado nos limites das ciências jurídicas.

Nessa linha, Posner afirma que o direito deverá ser observado a partir da atividade cotidiana dos Juízes, limitada apenas pelo decoro profissional e pelo senso comum moral externado pela sociedade (POSNER, 1993, p. 610). Para o autor, a natureza da atividade jurisdicional seria plenamente observável quando posta em contexto prático, sendo, dessa forma, um dever dos magistrados o desenvolvimento de habilidades cognitivas acerca dos elementos subjetivos inerentes ao processo decisório.

Diante do quadro apresentado, as normas jurídicas adquiriram fluidez, evidenciando-se como normas de caráter meramente instrumentais, construção que permitiria ao Juiz externar a sua contestação, revisão ou mesmo promover a sua ab-rogação ou sub-rogação do direito, descrevendo um contexto capaz de adaptação direcionada à consecução de um determinado fim previsto.

Na sua construção, Posner descreve que no processo de construção normativa, os seus institutos, elementos e objetivos deverão estar pautados em determinado futuro, ou seja, deverão estar comprometidas com a maximização de resultados para o homem e as suas necessidades.

Na sequência dos seus manuscritos, Posner, pela obra "*Overcoming Law*", reconhece abertamente não ter entregado à comunidade científica nenhum elemento conceitual pautado em uma dogmática específica, uma vez que o pragmatismo idealizado possui como principal característica a negação da existência e de sua aplicação no sistema do direito, qualificando o seu modo estruturante como uma abordagem prática, instrumental, voltada para o futuro, ativista, empírica, cética, antidogmática e experimental (POSNER 1995, p. 11).

No sentido continuado, o autor descreve que a teoria pragmática, desde a sua concepção, seja em formação clássica de 1897, seja na sua formatação realista de 1921, bem como atualmente, sempre rejeitou a pretensão de formação de um direito estático e que tenha como objetivo realizar, pelas construções lógicas de ordem principiológicas, um sistema direcionado à instrumentalização dos fins de ordem social.

Entretanto, ao romper o novo milênio, o autor, pela sua obra "*Law, Pragmatism and Democracy*", direciona a sua visão pragmática como um método baseado na ação, em que a lógica constitutiva do direito se encontraria sustentada

pelo binômio “fato e consequência”, ao invés de assentados em critérios conceituais e generalistas.

Pelo desenvolvimento do seu pensamento no curso da obra destacada, Posner descreve que o pragmatismo adotado não é pautado na ilusão deferida perfeição humana, admitindo, assim, que o indivíduo é um ser falível, o que poderá denotar certa falibilidade no processo construtivista da teoria do direito a partir do processo decisório construído pelo juiz. Em análogo sentido, na sua vertente conceitual teórica, o autor, igualmente, recusa as teorias alicerçadas em pautas de ordem moral, jurídica ou política, quando essas buscam descrever um caminho pré-determinado para o processo construtivista da decisão judicial (POSNER, 2003, p. 03).

Por todos os elementos caracterizadores apresentados por Posner na construção da sua teoria pragmática, três são as características essenciais descritas no processo evolutivo do seu pensamento, sendo a primeira pautada na desconfiança incondicional em respostas adequadas e corretas ofertadas pelos métodos metafísicos construídos como critérios absolutos, que devem ser utilizados para que o Juiz atinja o ideal de justiça ou mesmo de bem-estar social.

A segunda se refere à necessidade de comprovação empírica das proposições apresentadas, em especial no que tange às consequências alcançadas a partir do caminho eleito e os seus desdobramentos para o convívio social.

Por fim, o terceiro é direcionado à insistência consubstanciada no processo de julgamento, com base nas necessidades humanas e sociais ao invés de critérios de ordem impessoal e generalistas.

Portanto, como visto, a resposta inicial oferecida pela Escola de Chicago, buscando na economia o método capaz de oferecer a segurança necessária ao processo de decisão, em especial na primeira fase do pensamento econômico do direito, encontrou forte resistência e críticas severas, promovendo uma crise nos seus fundamentos iniciais e a construção, por parte de Posner, de um critério pragmático de análise do direito.

No próximo capítulo serão abordados os critérios de mensuração da eficiência, em especial o critério da maximização da riqueza, eleito por Posner como o caminho adequado a ser utilizado pelos juízes no seu processo decisório.

4.**A METRIFICAÇÃO DO PENSAMENTO ANALÍTICO ECONÔMICO DE RICHARD POSNER**

Como amplamente demonstrado nos Capítulos 1 e 2 desta dissertação, Posner, ao desenvolver as premissas constitutivas do seu pensamento, valeu-se das diretrizes inseridas nas leis e conceitos econômicos, ora em maior intensidade, na sua primeira fase, ora com menor intensidade, na sua segunda fase.

Porém, durante todo o processo evolutivo do seu pensamento, até a presente data, Posner buscou metrificar o processo decisório, visando desenvolver, com isso, uma teoria do direito baseada na maximização dos resultados, pela “eficiência”, razão pela qual o estudo da metodologia aplicada à construção do seu pensamento se mostra de fundamental importância no processo da teoria econômica do direito.

Assim, para o desenvolvimento do estudo sobre a metrificação do pensamento e suas parametrizações, necessário serão não só nos valermos de conceitos econômicos próprios, como, por exemplo, a exata noção do termo “economia de mercado”, como também entendermos as contribuições ofertadas por Vilfredo Pareto, pela construção do ponto de equilíbrio otimizado. Igualmente, este estudo se pautará pela análise eficientista desenvolvida por Nicholas Kaldor e John Hicks, conhecida com critério de Kaldor-Hicks, método que seria acolhido e melhor se adaptaria ao pragmatismo proposto pelo autor.

4.1 O critério de Vilfredo Pareto e a sua aplicação no estudo embrionário da análise econômica do direito

Na sua fase inicial, os adeptos da Análise Econômica do Direito, na busca pela construção dos limites do vocábulo “eficiência”, socorreram-se da valiosa lição de Vilfredo Pareto, em especial na sua construção metodológica denominada “eficiência de Pareto” ou “ótimo de Pareto”, publicada pela obra “Manual de Economia Política”.

Posner, ao descrever a sua teoria, na sua fase embrionária, buscou nos ensinamentos apresentados por Pareto, em especial no seu critério metodológico, os meios necessários para a formação de um método capaz de determinar o quão eficiente a alocação de recursos realizada pelo julgador se mostraria correta.

Dessa forma, para o completo entendimento da teoria proposta por Posner e pelos adeptos da Análise Econômica do Direito, mostra-se de fundamental importância a compreensão do critério inserido no vocábulo eficiência proposto por Pareto, conhecido como “Eficiência de Pareto”.

Segundo o autor franco-italiano, a demonstração dos contornos da eficiência seria materializada quando, ao compararmos duas situações e observarmos o processo de alocação de recursos, temos como resultado necessário pelo menos a melhoria do estado inicial de um indivíduo, sem que isso provoque alterações no estado dos demais participantes. A esse fenômeno Pareto nomearia de “Melhora de Pareto”.

Portanto, para o autor, o estado de eficiência seria atingido quando, após as diversas arrumações dos recursos disponíveis, não se pudesse mais observar a melhoria de nenhum dos players da equação moldada, sem que com isso o estado inicial dos demais integrantes fosse alterada, de forma a gerar um prejuízo (PARETO, 1987, p. 193).

Pareto (1987) utilizará o termo “Máximo de Ofemilidade” para descrever as situações que, após as diversas alocações de recursos, tenha o julgador atingido a melhor arrumação possível para esses, não sendo mais observável, a partir dos instrumentos disponíveis, outra forma melhor da sua disposição, atingindo, assim, a alocação realizada no seu “Ponto de Equilíbrio”.

No seu artigo publicado em 2002, intitulado “Why Look Backward” (GORDLEY, 2002, p. 5), o autor apresenta um esclarecimento contundente ao critério da “Eficiência” proposto por Pareto, ao afirmar que “uma mudança será considerada eficiente se ao menos a preferência de uma pessoa possa ser satisfeita sem a diminuição da habilidade das outras de satisfazerem as suas”.

A partir da percepção estabelecida por Gordley, podemos extrair que o critério de eficiência proposto por Pareto teria aplicação quando compradas e analisadas preferências individuais, o que também foi criticado por Marc Fleurbaey, que afirmou que a “Eficiência de Pareto” seria aplicável nos casos em que as satisfações individuais se encontrassem em análise (RIEFFEL, 2006, p. 71).

Assim, para Pareto, o resultado de uma determinada relação negocial será considerada eficiente se as partes envolvidas considerarem, de forma subjetiva, que ao final da relação se encontram em uma situação melhorada, ou pelo menos, que não sofreram uma redução dos seus interesses.

Em razão do subjetivismo apresentado na mensuração da “Eficiência de Pareto”, necessária se mostrou a sua substituição. Isso ocorre, uma vez que, ao

estabelecer a sua premissa em um critério de ordem íntimo, pessoal, em especial no que tange à determinação, se o indivíduo, após a relação negocial, está ou não em uma posição melhor, ou mesmo que sua posição não tenha sofrido alterações, a quantificação dos ganhos obtidos e a sua inserção no processo de mensuração de melhoria no arranjo dos recursos utilizados se tornaria uma tarefa complexa. Isso dificultaria também a sua aplicação nos casos de maior amplitude ou mesmo em casos repetitivos.

Na sua construção metodológica, Pareto imaginou a “eficiência” direcionada às preferências individuais, buscando, com isso, resolver as questões postas pelo utilitarismo clássico, influenciador da primeira fase do movimento *Economic and Law*.

Na sua essência, o utilitarismo clássico tem como premissa nuclear a maximização da felicidade para o maior número possível de pessoas (SGARBI, 2020, p. 4).

Em um exemplo ilustrativo dessa afirmativa, Rieffel (2006, p. 61) descreve que ao analisarmos uma sociedade composta de 5.000 indivíduos e o poder público local tenha como projeto a construção de uma praça, no seu processo decisório deverá esse ente administrativo mensurar o número de pessoas que estariam felizes com este gasto público. Seria a melhor decisão possível, aquela capaz de promover a felicidade no maior número de indivíduos.

Nessa direção, o bem-estar de uma sociedade seria mensurado pelo somatório do bem-estar dos seus integrantes, sendo essa noção de bem-estar coletiva alcançada pelas decisões tomadas relativas à “utilidade”.

Na sua visão, Pareto (1987) considerou insuficiente a noção de “utilidade” utilizada na teoria clássica do utilitarismo, uma vez que, por essa teoria, não seria possível avaliar o estado de bem-estar social do indivíduo, nem tampouco realizar as comparações necessárias das utilidades evidenciadas.

Durante as suas investigações, Pareto (1987) constatou que a “felicidade”, o “bem-estar” e a “utilidade” não são conceitos que possuem um sentido unificado e baseado no senso comum, sendo, assim, impossível para o julgador promover um somatório de todas as “utilidades”, que deverão ser dimensionadas de forma individualizada, com base no critério subjetivo conceitual de cada indivíduo.

Na sua crítica ao utilitarismo, Pareto (1987) afirma que a filosofia utilitarista não possui uma resposta capaz de equalizar o problema apontado, inexistindo, dessa feita, uma resposta adequada na construção do seu pensamento.

Para o autor, em razão da crítica apontada, seria necessária a construção de uma nova concepção de utilidade, sendo essa externalizada por uma

concepção baseada em um ordenamento emanado do subjetivo e das preferências de cada indivíduo.

Dessa forma, melhor do que promover um sentido igualitário entre os vocábulos “utilidade” e “bem-estar” ou “felicidade”, seria considerá-los como um método de satisfação das preferências individuais.

Por essa premissa criada por Pareto (1987), a “utilidade” sofre maximização de seus efeitos quando em uma situação em que estejam envolvidos dois indivíduos “A” e “B” ambos afirmem que, após a relação negocial, as suas preferências foram atingidas e se encontram satisfeitas.

Pela proposta formalizada por Pareto (1987), podemos concluir que, apesar desse autor buscar uma ruptura com a corrente clássica utilitarista, igualmente, ele cria uma proximidade com o consequencialismo. Isso ocorre, uma vez que a eficiência, tal qual descrita na sua teoria, ao criar critérios de mensuração capazes de estabelecer qual das medidas ou caminhos a serem tomados produzem o melhor resultado (fim), ele deixa de importar para os participantes em razão da maximização da utilidade operada.

Em consequência dessa aproximação, Posner (2011) busca, a partir dos estudos apresentados por Pareto, ir além do critério da eficiência consagrado no método criado pelo autor, como uma forma de não precisar responder em sua construção entorno da “eficiência” às críticas inerentes ao utilitarismo.

Destaca-se que Posner, ao analisar o critério descrito na “Eficiência de Pareto”, renega essa construção, uma vez que o resultado alcançado eficiente ocorreria apenas quando observada alguma melhora subjetiva do indivíduo, sem que isso provocasse uma redução da “utilidade” dos demais participantes da relação negocial.

Porém, não só esse problema desencoraja Posner a adotar esse critério, como, também, a metodologia aplicável à sua teoria econômica do direito, já que seria quase impossível, em um contexto no qual vários indivíduos se encontrariam envolvidos, que nenhum desses sofresse algum tipo de perda, como, por exemplo, no campo das políticas públicas.

4.2 A proposta conceitual de eficiência formulada por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks e o método Kaldor-Hicks de mensuração da utilidade

Diante das críticas formuladas à construção metodológica de mensuração das “utilidades” por Vilfredo Pareto, em especial à limitação da capacidade de

verificação do estado de bem-estar alcançado em uma ótica ampliada de players, como visto, necessária foi a busca por um critério capaz, em termos jurídicos, de se amoldar ao critério em formação, sendo, dessa forma, preciso um aprimoramento no método proposto pela “Eficiência de Pareto”. Isso aconteceu em 1939, pela publicação de dois artigos, o primeiro de autoria de Nicholas Kaldor intitulado “Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility” e o segundo de autoria de John Richard Hicks intitulado “The Foundations of Welfare Economics”, que delineou o critério de eficiência com direcionamento adequado para a esfera do direito, ao estabelecerem que a eficiência seria encontrada quando, após a relação negocial, os vencedores conseguissem obter um ganho superior às privações sofridas pelos derrotados.

Posner (1981, p. 91) expõe a forma de construção da eficiência segundo Kaldor e Hicks como uma teoria construtivista da moral, capaz de empregar objetividade a teoria do direito, razão pela qual o autor afirma que o conceito de justiça e eficiência teriam significados análogos, uma vez que para o “justo deve ser pensado em termos de eficiência” (POSNER, 1981, p. 60).

A partir dessa construção do vocábulo eficiência, a riqueza capaz de ser maximizada seria qualquer coisa inserida no meio social mensurável economicamente.

O grande mérito da metodologia desenvolvida pelos economistas Kaldor e Hicks, posteriormente denominada “Método Kaldor-Hicks”, é permitir que decisões tomadas possam gerar prejuízo a certos indivíduos, desde que observado um ganho para o vencedor de uma determinada disputa.

Em suma, para esse método, o resultado de uma querela será considerado eficiente se aquele indivíduo em posição de vencedor puder, em tese, compensar aquele indivíduo vencido que se encontrará em uma situação pior, existindo, nesse momento, a possibilidade de se alcançar um resultado análogo ao proposto pela “Eficiência de Pareto”.

Em um critério comparativo entre as teorias abordadas, “Eficiência de Pareto” e “Eficiência de Kaldor-Hicks”, podemos concluir que a questão central se encontra evidenciada na forma como os autores tratarão a compensação dos que se encontraram na situação de vencidos.

Portanto, o método de Kaldor-Hicks produz, em comparação à proposta de Pareto, a geração de um resultado capaz de produzir um número maior de valor agregado, sendo, dessa forma, considerada irrelevante a efetividade da compensação. Isso não se observa na proposta de Pareto, na qual há a

necessidade de que as partes envolvidas na disputa tenham a sensação de que foram beneficiadas efetivamente.

Nesse sentido, Posner (1981, p. 60-61) justifica o critério conceitual da “eficiência” como uma forma de “maximização da riqueza”, que assume o sentido de que seria moralmente justificável atribuir a guarda de um determinado bem a aquele indivíduo que deterá maior potencialidade de conferir a este um maior valor.

Dito de outro modo, as normas jurídicas que atribuírem a titularidade de um determinado bem estarão direcionadas a escolher aquele indivíduo que poderá extrair deste a maior quantidade de riquezas, sendo essas consideradas normas maximizadoras.

A “Eficiência Kaldor-Hicks” não seria possível ser observada caso não fosse elaborado um método eficaz capaz de determinar quem será o indivíduo que atribuirá ao bem uma maior valorização, sendo, dessa forma, necessária a construção de um meio empírico de apuração da “maximização da riqueza”. Tal constatação é extraída da “Teoria da Ação Racional de Natureza Econômica”⁴.

Para Posner, essa teoria englobaria todo o processo de construção da razão humana e não apenas teria sua aplicação quando inserida na lógica mercadológica.

Traçada essas linhas gerais do caminho construído por Posner, percebe-se que a metodologia aplicada à quantificação monetária alcançada, na qual tudo seria economicamente apreciável, apresentou um caminho a ser seguido pela Análise Econômica do Direito, sendo possível, dessa forma, atribuir um método capaz de avaliar os resultados produzidos pelas normas jurídicas e decisões judiciais de forma objetiva.

Posner (2021), ao eleger a “Eficiência Kaldor-Hicks” como o melhor critério para a fragmentação e repartição dos bens apurados em meio a uma determinada sociedade, descreve uma desnecessidade de que todos, ao final da equação formada, tenham um ganho ou, em outro sentido, não sofram alteração de seu estado inicial, como apontado pelo método da “Eficiência de Pareto”.

Posner (2021), no entanto, busca imputar uma prerrogativa ética às premissas norteadoras da “maximização da riqueza”, em que o consentimento

⁴ Ronald H. Coase, no seu artigo “O Problema do Custo Social” de 1960, já apontava que no mundo em que os custos de transação são iguais ou bem próximos do marco zero, a solução a ser escolhida pelas partes afetadas não levará em conta a quem as regras jurídicas atribuem direitos.

possuiria um papel fundamental no processo decisório e de equilíbrio da relação instaurada.

Esse consentimento é explicado pelo autor no exemplo do bilhete de loteria, no qual o indivíduo, ao adquiri-lo, assume o risco da derrota e, por conseguinte, da diminuição do seu patrimônio, em detrimento de outro indivíduo, sendo extraída dessa situação fática a desnecessidade de compensações aplicáveis à situação posta.

Diante do caso retratado (bilhete de loteria), o autor descreve que o consentimento materializado não é considerado e esse elemento se mostra presente na maioria das operações negociais consideradas “eficientes”.

Nesse mesmo sentido, o autor aponta que a riqueza considerada em termos meramente monetários é equiparável a um benefício, pois a sua obtenção apenas seria possível pela cooperação dos indivíduos.

Posner (1981, p. 62) descreve que a riqueza é conseguida nos limites do direito, quando o indivíduo age em prol de outras pessoas, como, por exemplo, quando ofertado a terceiros um bom negócio. Nesse aspecto, mesmo em casos em que um indivíduo se apresente extremamente egoísta, em uma economia regulada pelo mercado, não seria possível promover atos individualistas e direcionados exclusivamente para o seu auto-interesse, sem que no seu trajeto beneficie a outros integrantes desse mesmo mercado.

A racionalidade Posneana, a respeito dos fundamentos da moralidade por trás da “maximização das riquezas”, parece não se encontrar desconexa da justificativa moral da economia moderna para o modelo de comportamento humano. A ação orientada pelo auto-interesse levaria a uma alocação eficiente dos bens econômicos, tanto no que se refere ao campo pessoal, como, igualmente, ao campo social, sendo, a partir dessa simbiose de interesses construída, a base para uma “riqueza comum” direcionada ao benefício de todos.

Todavia, mostra-se importante descrever que Posner busca, pelos seus estudos, estruturar e apresentar os contornos da “eficiência” pautada na racionalidade econômica, baseada na insuficiência atribuída ao vocábulo justiça e, por essa falha, construir uma racionalidade econômica aplicável à teoria do direito, com a finalidade de agregar uma maior objetividade ao estudo das ciências jurídicas.

4.3 A maximização da riqueza como elemento norteador conceitual do vocábulo eficiência

Posner (2021) propõe uma visão aperfeiçoada do método descrito por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, visando, com isso, criar um sistema de metrificação da “eficiência”, descrevendo-a como uma maximização da riqueza social, que ocorreria quando os bens e outros direitos são delegados ao indivíduo que melhor lhe atribui um direcionamento econômico, mensurando essa metodologia na sua quantificação monetária.

Assim, a decisão proferida por um juiz deverá descrever uma trajetória favorável ao litigante, que atribuirá maior valor economicamente (valor monetário) apreciável ao bem ou ao direito a ele deferido.

Posner (2007, p. 92) estabelece que o direito, quando inserido no modelo jurídico do *common law*, tem como meta a promoção da eficiência, assim entendida como uma forma de maximização das riquezas sociais, resolvendo, por essa metodologia, os conflitos jurídicos postos em análise.

Nesse sentido, a ideia contida no conteúdo do vocábulo eficiência como agente maximizador das riquezas sociais terá o papel de se tornar uma concepção da teoria do direito.

Portanto, Posner (2021) descreve que o modelo do comportamento humano observável se encontra inserido no campo da racionalidade prática, em que cada pessoa terá o livre arbítrio de formalizar as escolhas que melhor acresçam às utilidades esperadas, que poderá, em algum momento, refletir em atos direcionados a preocupação com o bem-estar do outro ou da coletividade.

Diante desse quadro, a análise econômica do direito, tal qual descrita por Posner (2021), terá como pressuposto básico, a premissa que todos os indivíduos possuem a capacidade de serem maximizadores racionais dos seus anseios, sejam esses revestidos de conteúdo financeiro ou não, mas inserido dentro do campo e limites das ciências jurídicas.

Dessa forma, podemos afirmar que haverá eficiência em uma medida adotada sempre que a alocação dos recursos disponíveis seja formatada em direção ao seu uso mais valioso, sendo esse o padrão normativo descrito pelos adeptos da Análise Econômica do Direito.

Portanto, nesse contexto, a maximização da riqueza social proposta por Posner seguiria um padrão normativo não só revestido de elementos ligados à economia, mas igualmente em elementos ligados à ética e pautado no direito, seguindo as seguintes premissas: a) as pessoas são agentes maximizadoras racionais de seus desejos exteriorizados perante a sociedade (mercado), b) as pessoas respondem, dentro ou fora do mercado, a incentivos fomentados, c) as regras normativas e decisões judiciais poderão ser avaliadas e mensuradas com

base na “eficiência” proposta, ao ponto de se estabelecer qual decisão evidenciará a melhor performance perante a sociedade, sendo essa maximizadora das riquezas sociais e, por conseguinte, o caminho a ser seguido pelo juiz.

Mostra-se oportuno mencionar que, muito embora Posner tente descrever sua teoria da maximização da riqueza de forma a desvinculá-la da concepção utilitarista de felicidade, em razão das premissas consequencialista e pragmáticas de seu pensamento, sofre críticas por adotar critérios semelhantes às premissas defendidas por Jeremy Bentham, uma vez que a promoção de um estudo baseado na prerrogativa do “custo e benefícios” tem como principal característica o consequencialismo.

Em contraposição a essa crítica, Posner (2007, p. 526) informa que a maximização da riqueza, tal qual concebida em seu modelo, seria considerada um modelo ético de produtividade e cooperação social, baseada na ideia de que “para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem” (POSNER, 2007, p. 526).

Em sentido outro, o utilitarismo possuiria um caráter adaptativo dos interesses do indivíduo e critérios antissociais, sendo, dessa forma, uma ética pautada na produtividade e cooperação de maior coerência com os valores considerados de um grupo de dominação social.

Pelo sistema proposto de maximização da riqueza, Posner almeja que as instituições estabeleçam condições favoráveis para a realização de operações no livre mercado, objetivando, com isso, uma maximização do comportamento individual, na busca de uma satisfação (utilidade).

Assim, a ética da maximização da riqueza passa a ser vista como uma relação simbiótica entre os elementos constitutivos do utilitarismo e as diretrizes estabelecidas pelo liberalismo.

A esse respeito, Posner (1981, p. 79) descreve que as riquezas se encontram registradas de forma positiva, mesmo que em um campo que não reúna as condições necessárias para o seu aperfeiçoamento a uma utilidade, uma vez que a sua construção se encontra consignado em um modelo de transação voluntária de mercado, evidenciando um poder de escolha atribuído ao indivíduo ampliado do que aquele observado no utilitarismo.

Como forma de comprovar a sua construção, Posner (1981, p. 80) descreve a sua percepção pelo exemplo do roubo do colar de diamantes, em que um homem, abusando da confiança da sua esposa, decide furtar o seu colar de diamantes.

Nesse cenário, temos que o valor do colar é de \$10,000, que será também considerado seu valor subjetivo para sua esposa (proprietária do colar), sendo, dessa forma, possível se afirmar que a esposa estaria disposta a dispor do colar por qualquer quantia equivalente aos \$10,000 ou um valor superior ao valor subjetivo apresentado.

Diante desse quadro, Posner (2021) estabelece uma razão hipotética, na qual o marido consideraria o valor material do colar, o custo efetivo do sistema penal, despesas necessárias para sua segurança e outros elementos, chegando o seu cálculo financeiro na quantia de \$25,000. Poderíamos afirmar, assim, que caso esse homem vendesse o colar de diamante por um valor inferior a quantia de \$25,000 e fosse preso, teríamos configurado um quadro de desutilidade, ou seja, a sociedade gozaria de uma felicidade superior à observada pelo ladrão.

Posner descreve que a desutilidade obtida não ensejará um perdão da conduta delituosa, mas comprovará que o cálculo feito pelo ladrão se encontrava equivocado e a base negativa obtida deveria ter servido como um desestímulo ao prosseguimento do furto.

Pela proposta formalizada por Posner, bem como pelo exemplo apresentado, temos extrema proximidade entre os elementos indicativos descritos na tese do autor e a versão utilitarista de Bentham, uma vez que podemos alcançar uma concepção consequencialista da moralidade e da justiça. Ademais, busca-se, nesse sentido, a sua razão de existência no cálculo individual como premissa inicial do exame das relações sociais, sem que com isso sejam abandonadas as características liberais configuradas no pensamento filosófico típico do liberalismo, uma vez que se vale de conceitos próprios como autonomia e liberdade.

Dessa forma, ao analisarmos o cenário em que a economia de mercado se encontra inserida em um sistema regulatório ideal, em que as transações comerciais possuiriam baixo custo social, o princípio proposto por Posner (1981, p. 86) determinaria que os direitos, inicialmente, deverão consistir e se direcionar para os indivíduos, que tenderão a atribuir-lhe maior valorização, de modo que ocorra, como consequência desse ato, a minimização do custo de transação.

Assim, a eficiência, como forma de maximização da riqueza, torna-se um princípio moralmente constituído de um fundamento de maior aceitabilidade do que o princípio da utilidade, bem como aos critérios apontados por Pareto ou Kaldor-Hicks, uma vez que fornece um alicerce sólido para o desenvolvimento de uma justiça calcada na sua distributividade.

Em linhas gerais, a proposta oferecida por Posner possui como fundamento o traço de divergência com a teoria utilitarista, em especial com o pensamento de Jeremy Bentham, por considerar como medida de riqueza o parâmetro econômico, ao passo que no utilitarismo a medida utilizada está ligada à felicidade, conforme descrito por Salama (2012, p. 11).

Cabe enfatizar que o valor econômico descrito por Posner (2021), mencionado na sua teoria de maximização da riqueza como critério norteador do vocábulo eficiência, possui um sentido restrito e se direciona para a vontade humana, ou seja, a quanto um determinado indivíduo está disposto a pagar por algo ou, em outra vertente, nos casos em que o domínio do bem já lhe pertence, qual o preço necessário para que esse indivíduo resolva desfazer a sua esfera de domínio sobre esse bem.

Portanto, para Posner (2021), a ponderação quantitativa econômica realizada poderá ser traduzida no somatório de todos os bens e serviços, sejam esses tangível ou intangíveis. Os preços, nesse sentido, poderiam ser considerados de duas formas: o relacionado à procura (quanto um indivíduo estaria disposto a dispor das suas riquezas econômicas para ter um determinado bem) ou, de outro lado, à oferta (quanto esse indivíduo estaria disposto a receber para dispor do seu bem). Assim, Posner afirma que o valor apresentado nem sempre se traduzirá em um valor de mercado relacionado ao bem produzido ou aos bens descritos no universo de propriedade de outro indivíduo.

Para Posner (1981, p. 83), o princípio da maximização da riqueza está fundado em um sistema de direitos pessoais e de propriedade pré-existentes, em que, em teoria, aplicar-se-ia a todas as coisas tidas como raras, não apenas a propriedade pessoal e imobiliária, mas também o seu corpo e até mesmo o seu patrimônio intelectual.

Em razão das teorias abordadas, em especial dos critérios de mensuração das utilidades propostos por Pareto e Kaldor-Hicks, Posner descreve a sua teoria, buscando na maximização das riquezas, o próprio sentido de utilidade e, por conseguinte, de eficiência. Justifica-se, dessa forma, o meio pelo qual o juiz, ao analisar o caso concreto, deverá tomar a sua decisão.

5

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve como objetivo demonstrar a evolução do pensamento analítico econômico aplicado ao direito a partir da visão de Richard Posner, buscando, com isso, construir, pela leitura de suas obras, um caminho evolutivo de seu pensamento, sobretudo no que tange ao seu giro pragmático observado em meados da década e 1980, quando, após diversas críticas sofridas, em especial por Ronald Dworkin, o autor abandonou o formalismo estruturante, passando a adotar o pragmatismo como construção filosófica do seu pensamento.

Todavia, apenas o apontamento do processo evolutivo do pensamento de Posner não possuiria o condão de evidenciar o denominado “*homo economicus*”, uma vez que as leis da economia pregam pela necessidade de uma metodologia empírica observável no processo de conclusão. Assim, na sua parte final, este estudo se dedicou ao critério da metrificação a ser aplicada no processo decisório, em especial na construção de um ambiente propício para a “maximização da riqueza”, cujo critério balizaria a formação dos elementos constitutivos da palavra “eficiência”, que teria como desdobramento a promoção de um estado de bem-estar com o menor custo social observável.

Como demonstrado, o pensamento apresentado por Posner não se evidencia como ortodoxo, mas decorre dos estudos realizados e das construções imaginadas por ele, não encontrando esses precedentes no contexto epistemológico vigente, sendo, em inúmeras oportunidades, como bem descrito por Ronald Dworkin, como uma colcha de retalhos de pensamentos organizados, cujo desdobramento tende a demonstrar um pensamento inacabado.

Todavia, é inegável, igualmente, reconhecermos a contribuição ofertada pela teoria de Posner e a sua ampla influência nos processos decisórios das cortes superiores, tanto de países que adotam o “*common law*” quanto de países que adotam o “*civil law*”, sendo, entretanto, necessário que o Juiz, ao adotar as premissas consignadas pelo autor, entenda a abrangência dos seus elementos e a responsabilidade inerente às prerrogativas construídas a partir desses. Diante disso, Posner propõe a construção de uma teoria do direito baseado na construção jurisprudencial, ou seja, que o direito adote um sentido dinâmico e seja construído pelas experiências sociais cotidianas retratadas pelas decisões proferidas pelas Cortes Superiores de Justiça, cujo papel seria não só decidir a questão apresentada, mas, também, nortear o processo legislativo político.

O papel da segurança jurídica não mais se concentraria na norma, mas seria descrito pela estabilização das decisões judiciais, cuja teoria seria construída a partir de um caso piloto até que o entendimento sobre essa determinada realidade sofresse uma mutação social capaz de alterar a forma como os magistrados deveriam decidir o problema posto. Por essa construção, Posner informa que o Juiz deveria ser responsável ao ponto de apenas alterar as suas decisões ou rever um precedente formado quando a referida mutação social fosse amplamente observável, não devendo esse operador do direito alterar as suas convicções com certa volatilidade.

Entretanto, a proposta de Posner não confere ao Juiz um poder equiparado a de um Deus, mas de analisar o caso apresentado, com base em um processo empírico decorrente das ciências econômicas, capaz de promover a escolha decisória que melhor possibilite “maximização das riquezas”, sendo essa uma decisão “eficiente”. Na visão do autor, as decisões consubstanciadas na “maximização das riquezas” se inclinariam na direção da formalização do estado de bem-estar imaginado. Assim, o dever de maximização da riqueza no processo decisório seria, para Posner, o caminho a ser observado pelo magistrado que o levaria apenas em um sentido, ou seja, a decisão capaz de maximizar a riqueza e, por conseguinte, ser considerada eficiente, sendo apresentado ao julgador em razão do processo de exercício cognitivo dos possíveis caminhos disponíveis, sendo esse, por sua vez, apenas o instrumento para verbalização dessa rota.

É inegável se reconhecer os perigos decorrentes da proposta oferecida por Posner, que ao descrever a construção de uma teoria do direito baseada na construção jurisprudencial dos Juízes, atribui a eles um papel supra normativo, que não apenas será aplicado ao caso concreto em análise e aos similares julgados posteriormente, mas também seria norteador do processo político de formação das normas, levando a um questionamento inevitável nessa oportunidade, a saber: caso o caminho escolhido pelo Juiz não seja o melhor, ou seja, não seja aquele que leve à maximização das riquezas e, por conseguinte, não se evidencie como eficiente, quem seria responsável pela correção da rota errônea adotada? Esse questionamento ganha força ao percebermos que a construção proposta por Posner tem como objetivo a formação de um estado de bem-estar baseado em uma resposta dinâmica às necessidades sociais.

Nesse sentido, podemos concluir os estudos desta dissertação, ressaltando a importância do trabalho desenvolvido por Richard Allen Posner e a sua proposta de maximização da riqueza como constitutiva de uma decisão eficiente, capaz de evidenciar um estado de bem-estar em razão das respostas adequadas e

dinâmicas da sociedade. Porém, a grande crítica que resta a ser feita repousa no questionamento ora formalizado: será adequada a migração da construção das bases teóricas do direito de um plano etéreo e generalista para uma formalização baseada no cotidiano social?

6.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Danilo do Santos. **Uma crítica ao interpretativíssimo de Ronald Dworkin a partir do realismo de Helary Putnam**. Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2011.

Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94793/297228.pdf?sequence=1&isAllowed=yARIST>

ÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/549/o/2014Aristoteles_Politica_-1.pdf.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A quinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**.

Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde01032012085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dific_eis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf.

AZEVEDO, Lyza Anzanello de. **A análise econômica do direito e o realismo jurídico norte-americano**. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/revista-passagens/artigos/v10n2a62018.pdf>.

BITTENCOURT, Caroline Muller; CALATAYUD. Eduardo Dante; RECK. Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo**. E-Book: Essere Nel Mundo, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/36779905/TEORIA_DO_DIREITO_E_DISCRICIONARIEDADE_FUNDAMENTOS_TEORICOS_E_CRITICA_DO_POSITIVISMO.

BRITTO, Livia Mayer Totala; KARNINLE, Tatiana Mascarenhas. **O caso Brown v. Board Education, medidas estruturantes e o ativismo judicial**. Disponível em: <file:///C:/Users/alois/AppData/Local/jfurlani,+273-283.pdf>.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: A luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/1950/1842>

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. São Paulo: Forense Universitária, 2017.

COASE, Ronald. **Law and economic**. Chicago: Journal of Law and Economics, 1993. Disponível em: Law and Economics at Chicago on JSTOR

COASE, Ronald. **Law and economics at Chicago**. Chicago: Journal of Law and Economics, 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/725475?refreqid=excelsior%3Acd7e67e8c381333ce79cc82ff550b738>.

DE WALL, Cornelis. **Sobre o pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Acusações de Posner: o que realmente eu disse**. Disponível em: https://gongfacom.translate.google.com/dewojinbosina.htm?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=wapp.

FERGUNSON, C. E.; GOULD, J. E. **Teoria microeconômica**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1976. Disponível em: https://www.academia.edu/39326734/FERGUSON_GOULD_TEORIA_MICROECONOMICA

FRAGA, Juliana Machado; VOLPATO, Luana Figueiró Silva. **Breve análise sobre o embate ente o interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial**. Barbarói: Santa Cruz do Sul, edição especial n.º 42, jul/dez 2014.

GOMES, Carlos Francisco Simões. **Principais características da teoria da utilidade multiatributos e análise comparativa com a teoria da modelagem de preferência e teoria das expectativas**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep1998_art042.pdf.

GORDLEY, James. **Why Look Backward**. Oxford: American Journal of Comparative Law, 2002. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/41616733?refreqid=excelsior%3A8bc2c2d1ecfceac6009230570187835d>.

HICKS, John Richard. **The foundations of welfare economics**. Londres: The Economic Journal, 1939. Disponível em: <https://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Hicks.pdf>

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. **The path of law**. Cambridge: Harvard Law Review, 1897.

KALDOR, Nicholas. **Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility**. Oxford: Oxford University Press, 1939. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2224835?origin=crossref>.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard Law Press, 2002. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf?msckid=5cb6b820b8d911ec8f424bc526eb638f

MERCURO, Nicholas; MADEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MILL, John Stuart. **Da definição de economia política e do método de investigação próprio a ela**. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

MINDA, Gary. **One hundred years modern legal thought: From Landgell and Holmes to Posner and Schlag**. Indiana: Indiana Law Review, 1995. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/inlawrev/article/view/3126/3052>.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução a análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NUNES, A.J. Avelãs. **Economia política: Introdução à história da ciência econômica e do pensamento económico**. Coimbra: SAUS-Serviço de Textos, 1996.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987

POSNER, Richard Allen. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

POSNER, Richard Allen. **Legal pragmatism in metaphilosophy**. Oxford: Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltda, 2004.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Wealth maximization revisited**. Notre Dame Journal of Law: Ethics & Public Policy, 1985. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2826&context=journal_articles

POSNER, Richard Allen. **The value of wealth: A comment on Dworkin and Kronman**. The Journal of Legal: 1980. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdfplus/10.1086/467638>.

POSNER, Richard Allen. **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge: Harvard Law Review, 1997. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=journal_articles

POSNER, Richard Allen. **How the judge think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/16446063/HOW-JUDGES-THINK>.

POSNER, Richard Allen. **Some uses and abuses of economics in law**. Chicago: University Chicago Press, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal_articles.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

POSNER, Richard Allen. **The problem of the jurisprudence**. Cambridge: Harvard Law Press, 1993.

POSNER, Richard Allen. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard Law Press, 1995. Disponível em: <http://pi.lib.uchicago.edu/1001/cat/bib/1696744>

POSNER, Richard Allen. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard Law Press, 2003. Disponível em: <https://pt.scribd>

.com/document/289453312/POSNER-Richard-Law-Pragmatism-and-Democracy.

POSNER, Richard Allen. **The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication**. Chicago: Hofstra Law Review, 1980. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2847&context=journal_articles.

POSNER, Richard Allen. **The economics analysis of law**. Nova York: Aspen Publishers, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhoff. **Direito e economia: Textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhoff. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. São Paulo: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2012. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35.

SCHUMPETER, Joseph A. **História del Análisis Económico**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1984.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: Investigações sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996. Disponível em: <http://www.projetos.unijui.edu.br/economia/files/Adam-Smith-2.pdf>.

SULLIVAN, Michael. **Legal pragmatism: Community, rights and democracy**. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007, Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9973.2004.00310.x>.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56833876/Historia_Geral_da_economiaMax_Weberlibre.pdf?1529527741=&responsecontentdisposition=attachment%.