

PROBLEMAS DE FILOSOFIA DO DIREITO

Richard A. Posner

Tradução

JEFFERSON LUIZ CAMARGO

Revisão técnica e da tradução

MARIANA MOTA PRADO

Martins Fontes

São Paulo 2007

3.2

provém de um "está" e de um "é": o relógio não está funcionando, e a função de um relógio é dizer o tempo⁵⁴. O problema, no discurso moral, é que o "é" costuma ser extremamente contestável. Nem sempre: poucos estarão em desacordo com a proposição de que um policial não deve dormir em serviço. Todavia, com questões difíceis de justiça jurídica, como saber se se deve proibir o aborto ou (o que pode ou não ser um caso paralelo) se se exige que os circunstantes ajudem pessoas em perigo, são controversas as premissas que correspondem às proposições de que um relógio existe para dizer o tempo e que os policiais devem ficar acordados quando em serviço. Thomson considera intuitivo que tenhamos o direito de fazer o que quisermos com nossos corpos; um de seus críticos, John Finnis, fala numa intuição oposta: "Considerado como escolha totalmente deliberada (o que, sem dúvida, só muito raramente é), o suicídio é um caso paradigmático de uma ação que é sempre errada."⁵⁵ Ao comentar esse fosso intransponível entre Thomson e Finnis, R. M. Hare afirma que é impossível para as pessoas, inclusive para os filósofos, "discutir o aborto sem decidir-se sobre as questões fundamentais da filosofia moral"⁵⁶. Sem dúvida, Thomson e Finnis *tinham* se decidido. Os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Na verdade, por mais frágeis que sejam os métodos de raciocínio jurídico, não são mais frágeis do que os métodos de raciocínio moral.

54. Na verdade, há também muitos pressupostos omitidos – sobre nossa necessidade do relógio, o custo de mandá-lo consertar etc. É a profusão de tais pressupostos no discurso moral e jurídico que confere à lógica dedutiva uma utilidade tão limitada nesses campos.

55. "The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson", 2 *Philosophy and Public Affairs* 117, 129 (1973).

56. "Abortion and the Golden Rule", 4 *Philosophy and Public Affairs* 201, 222 (1975).

12. A abordagem econômica do direito

Nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de "Direito e Economia" (Law and Economics), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law)¹. Vou, primeiro, descrever a versão mais ousada dessa ambiciosa empreitada, e em seguida usar a filosofia para decompô-la insidiosamente e ver se ainda restará alguma coisa.

A abordagem

O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com a exceção de crianças bem novas

1. A literatura é vasta; para contrastar diferentes pontos de vista, ver *The Economic Approach to Law* (Paul Burrows e Cento G. Veljanovski, orgs., 1981); Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law and Economics* (1988); Mark Kehman, *A Guide to Critical Legal Studies*, caps. 4-5 (1987); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2ª ed. 1989); Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); "Symposium: The Place of Economics in Legal Education", 33 *Journal of Legal Education* 183 (1983), e meu livro *Economic Analysis of Law* (3ª ed. 1986).

e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide se deve ou não acelerar seu carro, e o pedestre que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer as reguladas pelo sistema jurídico, quer as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico. Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente — na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita.

Uma vez que meu interesse se volta para as doutrinas e instituições jurídicas, melhor será começar pelo nível legislativo (inclusive o constitucional). Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos bem organizados, e não de indivíduos desorganizados. O indivíduo racional sabe que sua contribuição provavelmente não faça diferença alguma; por esse motivo, e também porque na maioria das eleições os eleitores votam em candidatos, e não em projetos políticos, o que enfraquece ainda mais a relação entre votar e obter o tipo de política pública que se prefere, o indivíduo racional terá pouco incentivo para investir tempo e

empenho para decidir em quem votar. Somente um grupo organizado de indivíduos (ou empresas, ou outras organizações — mas estas são canais para os indivíduos) será capaz de superar os problemas informacionais e de *free-riding** que infestam a ação coletiva². Um grupo desses, porém, só irá organizar-se a atuar com efetividade se seus membros tiverem muito a ganhar ou muito a perder com políticas públicas específicas, como os plantadores de tabaco, por exemplo, têm muito a ganhar com os subsídios federais ao cultivo do tabaco e muito a perder com a retirada desses subsídios. A tática básica de um grupo de interesses consiste em trocar os votos de seus membros e seu apoio financeiro aos candidatos pela promessa implícita de uma legislação favorável. Essa legislação assumirá normalmente a forma de uma lei que transfere riqueza de contribuintes não organizados (consumidores, por exemplo) ao grupo de interesses. Se o alvo fosse outro grupo de interesses, a transferência legislativa poderia ser efetivamente contestada. Os desorganizados geralmente não criam uma oposição eficaz, e sua riqueza, portanto, é o que costuma ser transferido para os grupos de interesses.

Segundo esse ponto de vista, uma lei é uma negociação** (lembremo-nos da teoria da legislação como “negociações” aqui apresentada no capítulo 9). Contudo, devido aos custos das transações dentro de um corpo legislativo de configurações múltiplas e ao custo da comunicação efetiva ao longo do

* *Free-rider* é todo indivíduo que ficará em melhor situação se todos, menos ele, agirem com vistas ao bem comum, de modo que ele possa beneficiar-se dos resultados sem precisar arcar com o ônus comum, e *free-riding* é a ação desse agente; *free-rider effect* costuma ser traduzido como “efeito carona”. Na presente tradução, optou-se por deixar o termo em inglês. Ver nota 2 deste capítulo. (N. do T.)

2. *Free rider* é alguém que obtém um benefício sem ter contribuído com o custo da criação de tal benefício. Por exemplo, mesmo que A e B defendam a aprovação de uma lei, X, cada um irá preferir que o outro invista o que for necessário para a aprovação de X, uma vez que o benefício de X para A ou B será o mesmo a despeito do fato de A ou B ter ou não contribuído para o custo de tal obtenção. No capítulo 11, apresentei a defesa nacional como exemplo de uma atividade que depararia com sérios problemas com *free-riders* se fosse exercida na esfera privada.

** No original, “deal”. (N. do T.)

tempo, a legislação não surge, já plenamente desenvolvida, da cabeça do poder legislativo; precisa de interpretação e aplicação, e é esse o papel dos tribunais. Eles são os agentes da legislatura. Porém, para dar credibilidade e durabilidade às negociações que a legislatura faz com grupos de interesses, os tribunais devem ser capazes de se opor às vontades de legisladores atuais que desejam invalidar as negociações de seus predecessores, mas não podem fazê-lo através da revogação porque os custos da aprovação de uma lei (quer original ou emendada) são muito elevados, e podem, portanto, recorrer aos tribunais para uma "interpretação" revogatória. Os obstáculos à legislação podem, na verdade, mais facilitar do que retardar as negociações ao dar aos grupos de interesses uma certa garantia de que uma negociação feita com o poder legislativo não será facilmente anulada por revogação. Um judiciário independente é um dos obstáculos.

A independência do judiciário transforma os juízes em agentes imperfeitos do poder legislativo. Isso é tolerável não apenas pelo motivo há pouco mencionado, mas também porque um judiciário independente é necessário para a solução de litígios comuns de um modo que estimule o comércio, as viagens, a liberdade de ação e outras atividades ou condições extremamente valorizadas e reduza o desembolso de recursos para se influenciar a ação governamental. Os legisladores poderiam dar a impressão de terem pouco a ganhar com essas virtudes amplamente difundidas do Estado de Direito. Porém, se as vantagens agregadas de uma política social específica forem muito grandes e nenhum grupo de interesses for prejudicado, os legisladores podem considerar de seu próprio interesse dar sustentação a tal política. Os eleitores entendem mais ou menos que benefícios lhes são trazidos pela defesa nacional, pelo controle da criminalidade, pela resolução dos litígios e por outros elementos do Estado guarda-noturno, e não votarão em legisladores que se recusem a prover esses serviços públicos básicos. É somente quando esses serviços estão instalados e quando – em geral, numa fase posterior – se criam meios eficazes de tributação e redistribuição que a formação de grupos de interesse restritos e o recolhimento, por eles, de transferências de grupos não organizados, se tornam viáveis.

Portanto, os juízes têm um duplo papel: interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico da solução legítima de litígios. Eles desempenham este último papel não apenas ao decidirem casos de acordo com normas preexistentes, mas também – em especial no sistema jurídico anglo-americano – ao elaborarem essas normas. Eles moldam o *common law* a partir de práticas costumeiras, de idéias tomadas de empréstimo às leis e a outros sistemas jurídicos (por exemplo, ao direito romano), bem como de suas próprias concepções de políticas públicas. O direito que eles criam revela, de acordo com a teoria econômica que estou expondo, uma coerência material extraordinária (ainda que não total – lembremo-nos da extensão da regra da captura para o caso do petróleo e do gás natural). É como se os juízes *quissem* adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade.

Devo agora fazer uma pausa para definir "maximização da riqueza", uma expressão freqüentemente mal compreendida. A "riqueza" em "maximização da riqueza" refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados* (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). Se A estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de B, ela vale \$100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$90, ela vale \$90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos para A (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em \$10. Antes da transação, A tinha \$100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos valendo \$90 (um total de \$190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que vale \$100 e B tem \$100 em espécie (um total de \$200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero –

* No original, "asking prices". (N. da R. T.)

em \$10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preço de compra total de \$100. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação *não-pecuniária* que A extrai da compra, comparado ao de B. Isso mostra que "riqueza", no sentido empregado pelos economistas, não é uma simples medida monetária, e explica por que é uma falácia (a falácia do conde de Lauderdale) pensar que a riqueza seria maximizada ao se estimular a cobrança de preços monopolísticos. A riqueza dos produtores aumentaria, mas a dos consumidores diminuiria – e na verdade em grande quantidade, uma vez que a política de preços monopolísticos irá induzir alguns consumidores a mudar para bens cuja produção onera mais a sociedade, mas que, sendo cotados a um preço competitivo, e não de monopólio, parece mais barato aos olhos do consumidor. A falácia, portanto, está em equiparar renda comercial a riqueza social³.

Da mesma maneira, se posso escolher entre permanecer num emprego em que trabalho quarenta horas por semana a \$1.000 e passar para outro em que trabalharia trinta horas por um salário de \$500, e decido fazer a mudança, as dez horas extras de lazer devem valer pelo menos \$500 para mim, ainda que o PIB vá cair quando eu diminuir minhas horas de trabalho. Suponhamos que, para mim, as horas extras de lazer valham \$600, de modo que minha renda integral aumente de \$1.000 para \$1.100 quando eu diminuir minhas horas. Supõe-se que meu ex-empregador fique em pior situação com minha saída (de outro modo, por que me empregaria?), mas não pior além de \$100; porque, se assim fosse, ele se ofereceria para pagar-me uma pequena quantia acima de \$1.100 por semana, para que eu permanecesse – e eu permaneceria. (O exemplo não leva em conta o imposto de renda).

A riqueza é *relacionada* ao dinheiro no sentido de que um desejo não sustentado pela capacidade de pagar não tem como ser pleiteado – tal desejo não é nem um preço ofertado nem

3. Sobre este e outros detalhes técnicos da maximização da riqueza, ver meu artigo "Wealth Maximization Revisited", 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 85 (1985).

um preço solicitado. Posso desejar ansiosamente um BMW mas, se não estiver disposto a pagar seu preço de compra (ou for incapaz de pagá-lo), a riqueza da sociedade não seria aumentada ao transferir o BMW de seu proprietário atual para mim. Abandone-se essa restrição essencial (uma distinção importante, também, entre maximização da riqueza e utilitarismo – pois eu poderia extrair do BMW uma utilidade maior do que a de seu proprietário atual, ou de qualquer outra pessoa a quem ele pudesse vender o carro) e estará aberto o caminho para se tolerarem os crimes cometidos pelos exaltados e avaros contra os apáticos e frugais.

O *common law* facilita as transações de maximização da riqueza de várias maneiras. Reconhece os direitos de propriedade, e estes facilitam a troca. Também protege os direitos de propriedade, o que faz através do direito penal e da responsabilidade civil extracontratual. (Ainda que em nossos dias o direito penal seja quase totalmente legislado, as proteções penais básicas – por exemplo, aquelas contra o homicídio, lesão corporal, o estupro e o roubo – têm, como seria de esperar, origens no *common law*). Através do direito contratual, protege o processo de troca. Além disso, estipula regras procedimentais para resolver litígios nesses diversos campos com o máximo de eficiência possível.

Os exemplos de transações de maximização de riqueza até agora apresentados mostraram transações que são voluntárias no sentido estrito de melhorar a situação de todas as pessoas afetadas por elas, ou, pelo menos, de não torná-la pior. Admitiu-se que toda transação afeta apenas duas partes, cada uma das quais melhorou de situação devido a ela. Esse tipo de transação é chamado de Pareto-superior, mas a superioridade de Pareto não é uma condição necessária para que uma transação seja de maximização da riqueza. Consideremos um acidente que inflige um custo de \$100 com uma probabilidade de .01, e que poderia ter sido evitado a um custo de \$3. O acidente é uma "transação" de maximização da riqueza (lembremo-nos da distinção aristotélica entre transações voluntárias e involuntárias) porque o custo esperado do acidente (\$1) é inferior ao custo de evitá-lo. (Estou pressupondo a neutralidade em relação ao risco. A aversão ao risco complicaria a análise, mas não a mudaria em profundi-

dade.) Trata-se de maximização da riqueza mesmo que a vítima não seja indenizada. O resultado é compatível com a fórmula de Learned Hand, que define a negligência como a falta de precauções justificadas em termos de custos. Se a única precaução que poderia ter evitado o acidente não for justificada pelo custo, a falta não é negligente, e o causador do dano não terá de indenizar a vítima pelos custos do acidente.

Se parece artificial falar sobre o acidente como a transação, examinemos então a transação potencial que consiste em comprar a medida de segurança que teria evitado o acidente. Tendo em vista que uma vítima potencial não pagaria \$3 para evitar um custo esperado de acidente de \$1, seu preço ofertado será inferior ao preço solicitado do causador potencial do dano, e a transação não será maximizadora da riqueza. Porém, se esses números forem invertidos – se um custo esperado de acidente de \$3 pudesse ser evitado a um custo de \$1 –, a transação seria maximizadora da riqueza, e a regra de responsabilidade civil aplicada de acordo com a fórmula de Learned Hand daria aos causadores potenciais de danos um incentivo a tomar as medidas pelas quais as vítimas potenciais pagariam se as transações voluntárias fossem viáveis. O direito estaria superando obstáculos impostos por custo de transação a transações maximizadoras da riqueza – um papel comum das regras de responsabilidade civil.

As propriedades de maximização da riqueza das regras do *common law* já se acham elucidadas em profundidade considerável na literatura da Análise Econômica do Direito⁴. Certas doutrinas – a associação criminosa, a avaria simples (direito marítimo de navegação), a parcela de negligência atribuível à vítima, as servidões eqüitativas, a possibilidade de rescisão unilateral da relação trabalhista*, o critério para a concessão de medidas cautelares, a emboscada (preparada pelo agente público para forçar o sujeito ativo de um delito a se denunciar), a resolução contratual baseada na impossibilidade, a doutrina da

4. Ver *Economic Analysis of Law*, nota 1 acima, 2ª parte e cap. 21; William M. Landes e Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987).

* No original, "employment at will"; doutrina em geral aplicada a relações trabalhistas em que não há contrato. (N. da R. T.)

indenização por terceiro*, a mensuração de danos a partir da expectativa, o ato de assumir riscos, o crime tentado, a invasão de privacidade, a interferência ilícita nos direitos contratuais, a disponibilidade de indenização punitiva** em alguns casos, mas não em outros, o privilégio nos dispositivos que regem as provas judiciais, a imunidade de autoridades e a doutrina da contraprestação moral – têm sido vistas, pelo menos por alguns dos que contribuíram com essa literatura, como doutrinas que se ajustam aos ditames da maximização da riqueza. (Lembremo-nos também da discussão, no capítulo 8 deste livro, da concorrência como um ilícito civil e da norma que regula a responsabilidade por lesões corporais causadas por negligência de outro companheiro de trabalho). Tem-se argumentado, inclusive, que o próprio sistema de precedentes é dotado de equilíbrio econômico. Os precedentes são criados como subprodutos do processo judicial. Quanto maior for o número de precedentes recentes numa área, menor será o índice de ações levadas a juízo. Em particular, serão resolvidos por acordo os casos que envolvem disputas sobre questões jurídicas, que são distintos daqueles que envolvem questões puramente factuais. A existência de precedentes abundantes e extremamente informativos (em parte por serem recentes) vai permitir que as partes das disputas legais criem estimativas mais convergentes sobre o resultado provável de um julgamento e, como aqui já se observou em capítulos anteriores, se as duas partes têm a mesma idéia sobre o resultado do julgamento, entrarão em acordo antecipadamente, porque um julgamento é mais caro do que um acordo. Com menos ações em juízo, porém, será menor o número de novos precedentes criados, e os existentes

* No original, "collateral-benefits rule", também chamada "collateral source rule", que determina que o causador do dano não pode se beneficiar da indenização paga por terceiro à vítima, permanecendo obrigado a compensar pelo dano por ele causado. (N. da R. T.)

** No original, "punitive damages". Valor da indenização que supera aquele necessário para ressarcir os danos materiais da vítima. Pode ser concedido em casos nos quais a conduta do causador do dano tenha deixado a vítima em uma situação angustiante, vergonhosa, degradante, ou em casos em que haja qualquer outro agravante da conduta ilícita. Tem como finalidade punir o autor do ilícito e desincentivar esse tipo de conduta. (N. da R. T.)

vão tornar-se obsoletos à medida que as circunstâncias cambiantes os tornarem menos adequados e informativos. Assim, o índice de ações discutidas em juízo aumentará, produzindo mais precedentes e, desse modo, levando novamente a uma queda dos índices de litígios.

Esta análise não explica o que leva os juízes a decidir os casos de *common law* de acordo com os preceitos da maximização da riqueza. A prosperidade, porém – que a maximização da riqueza avalia com mais sensibilidade do que as aferições exclusivamente monetárias, como o PIB – é uma política relativamente incontroversa, e a maioria dos juízes tenta evitar a controvérsia: sua idade, seu método de indenização e sua relativa fragilidade diante dos outros segmentos do governo tornam atraente o ato de esquivar-se à controvérsia. Assim, é bem provável que não se deva ao acaso o fato de muitas doutrinas de *common law* terem assumido sua forma atual no século XIX, quando a ideologia do *laissez-faire* (que se assemelha à maximização da riqueza) exercia forte influência sobre a imaginação judicial anglo-americana; um bom exemplo disso pode ser encontrado no voto de Shaw no caso *Farwell* (capítulo 8).

Pode-se objetar que, ao especificar a ideologia como uma das causas do comportamento judicial, o economista extrapola os limites de sua disciplina; mas ele não precisa basear-se na ideologia. A análise econômica da legislação implica que campos do direito cuja elaboração fica a cargo dos juízes, como os campos do *common law*, devem ser aqueles em que as pressões dos grupos de interesses são demasiado fracas para desviar a legislatura da busca de objetivos de interesse geral. A prosperidade é um desses objetivos, e os juízes encontram-se especialmente bem qualificados para promovê-lo. As regras de *common law* que eles promulgam incorporam preços às condutas socialmente indesejáveis, quer no âmbito do *free-riding*, quer no da imposição de custos sociais sem as vantagens correspondentes⁵.

5. Essa imposição é bem ilustrada pelos crimes contra o patrimônio: o tempo e o dinheiro gastos pelo ladrão ao tentar furtar, e pelo proprietário ao tentar impedir os furtos, não têm produto social, uma vez que são despendidos apenas com o objetivo de gerar ou impedir uma redistribuição de riquezas. A riqueza geral diminui, como no caso do monopólio que discutimos anteriormente.

Ao fazê-lo, as regras criam incentivos para se evitar tal conduta, e esses incentivos promovem a prosperidade. Em contraste, apesar das aparências, não há muito que os juízes possam fazer para redistribuir a riqueza. Por exemplo, uma regra que facilite aos inquilinos pobres o rompimento dos contratos de locação com senhorios ricos irá induzir estes últimos a aumentar os aluguéis a fim de suportar o impacto dos custos mais altos impostos pela regra, e os inquilinos vão suportar o peso dos custos elevados. Na verdade, a principal redistribuição realizada por tal regra pode abranger desde o inquilino prudente e responsável, que pode obter pouca ou nenhuma vantagem dos direitos jurídicos adicionais a ser usados contra os senhorios – direitos que podem permitir que um inquilino evite ou adie o despejo pelo não-pagamento do aluguel –, até o inquilino inconseqüente. Trata-se de uma redistribuição extravagante. Porém, devido a seu poder de tributação e de alocação de recursos, o legislativo dispõe de instrumentos poderosos para redistribuir a riqueza. Desse modo, uma divisão eficiente do trabalho entre os poderes legislativo e judiciário leva o legislativo a concentrar-se no atendimento às exigências de distribuição de riqueza, por parte dos grupos de interesses, e o judiciário a atender à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e das transações. Embora haja outros objetivos possíveis de ação judicial além da eficiência e da redistribuição, muitos deles (diferentes concepções de “equidade” e “justiça”) são rótulos para maximização da riqueza⁶ ou para a redistribuição que favoreça os poderosos grupos de interesses; ou então eles são demasiado controversos numa sociedade heterogênea, demasiado *ad hoc* ou insuficientemente desenvolvidos para oferecer bases sólidas às decisões dos juízes que desejam ter uma reputação de objetividade e imparcialidade.

Por último, mesmo que os juízes tenham pouco compromisso com a eficiência, suas decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes. Em resultado, os que perdem os

6. Por exemplo, não fica claro se a teoria kantiana da responsabilidade civil de Weinrib (ver capítulo 11) tem implicações substantivas diferentes da teoria econômica; as diferenças podem ser apenas de vocabulário.

casos erradamente decididos de um ponto de vista econômico terão um incentivo maior, em termos gerais, a pressionar por correção mediante recurso, por um novo processo ou por ação legislativa, do que os que perderem os casos judiciosamente decididos de um ponto de vista econômico – de modo que haverá uma forte pressão por resultados eficientes. Além disso, os casos litigados de acordo com regras ineficientes tendem a colocar mais coisas em jogo do que os casos litigados de acordo com regras eficientes (porque as regras ineficientes, por definição, geram desperdício social, e quanto mais coisas estiverem em jogo numa disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo; assim, os juízes terão uma possibilidade de reconsiderar a regra ineficiente.

Portanto, não nos deve surpreender a constatação de que o *common law* tende a tornar-se eficiente, ainda que, se os incentivos dos juízes a terem um bom desempenho em qualquer dimensão forem medíocres (este é um subproduto da independência judicial), não poderemos nunca esperar que o direito venha a alcançar uma perfeita eficiência. Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação. Se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível. Além disso, o analista insistirá – junto a qualquer legislador suficientemente imune a pressões de grupos de interesses para poder legislar em nome do interesse público – num programa voltado para a promulgação exclusiva de legislação que se ajuste aos ditames da maximização da riqueza.

Além de gerar tanto predições quanto prescrições, a abordagem econômica permite que o *common law* seja reformulado em termos simples e coerentes, e aplicado com mais objetividade do que os advogados tradicionais imaginariam possível. A partir da premissa de que o *common law* procura (e deve procurar) a maximização da riqueza da sociedade, o analista econômico pode inferir de modo lógico – ou, se preferirem, forma-

lista (a teoria econômica é hoje formulada, em grande parte, em termos matemáticos) – o conjunto de doutrinas jurídicas capazes de expressar e aperfeiçoar a natureza nata do *common law*, e pode comparar essas doutrinas com as próprias doutrinas do *common law*. Depois de retraduzir do vocabulário econômico para o jurídico, o analista vai descobrir que em sua maioria as doutrinas vigentes são aproximações aceitáveis das implicações da teoria econômica, sendo, portanto, válidas do ponto de vista formalista. Onde há discrepâncias, o caminho para a reforma é claro. Todavia, o juiz que toma esse caminho não pode ser acusado de criar leis, em vez de encontrá-las, pois está simplesmente contribuindo com o programa de compreender a natureza essencial do *common law*.

O projeto de reduzir o *common law* – com seus muitos campos distintos, seus milhares de doutrinas independentes, suas centenas de milhares de decisões relatadas – a um punhado de fórmulas matemáticas pode parecer quixotesco, mas o analista econômico pode fornecer razões para se pôr em dúvida tal avaliação. Boa parte da exuberância doutrinária do *common law* é tida como superficial uma vez que se compreenda sua natureza essencialmente econômica. Alguns princípios, como a análise de custo-benefício, a prevenção do *free-riding*, a decisão em condições de incerteza, a aversão ao risco e a promoção de trocas mutuamente vantajosas pode explicar a maioria das doutrinas e decisões. Os casos de responsabilidade civil extracontratual podem ser convertidos em casos contratuais ao se recharacterizar a questão do ilícito civil como o encontro do contrato de pré-acidente implícito pelo qual as partes teriam optado se os custos de transação não tivessem sido proibitivos, e os casos contratuais podem ser convertidos em casos de responsabilidade civil extracontratual ao se perguntar que remédio legal, se algum existe, poderia maximizar os benefícios esperados da iniciativa contratual considerada *ex ante*. A decisão criminal de cometer ou não um crime não é diferente, em princípio, da decisão do promotor de processar ou não; uma negociação da pena* é um contrato; os crimes são, na verdade, ilícitos

* No original, "plea bargain". Ver N. da R. T. sobre *guilty plea* no capítulo 5. (N. da R. T.)

tos civis praticados por réus insolventes, porque se todos os criminosos pudessem pagar pela totalidade dos custos sociais de seus crimes, a tarefa de dissuadir o comportamento anti-social poderia ficar a cargo da responsabilidade civil extracontratual. Esses exemplos sugerem não apenas que a lógica do *common law* é realmente econômica, mas também que o ensino do direito poderia ser simplificado ao se expor os estudantes à estrutura econômica concisa e simples que existe por baixo da roupagem multicor da doutrina jurídica.

Se tudo isso parece fazer lembrar Langdell, difere fundamentalmente por ser verificável do ponto de vista empírico. O teste fundamental de uma regra derivada da teoria econômica não é a elegância ou a logicidade da derivação, mas o efeito da regra sobre a riqueza social. A extensão da regra da captura ao petróleo e ao gás natural foi submetida a esse teste, foi reprovada e substituída (ainda que por meio de ação legislativa, e não judicial) por regras eficientes. As outras regras do *common law* podem e devem ser da mesma forma.

Críticas à teoria positiva

Colocada do modo atrevido e provocador como a coloquei, a tese econômica convida ao ataque uma grande variedade de críticos. A discussão nos capítulos anteriores irá mostrar-se útil para a avaliação de alguns desses ataques. Será conveniente dividir os atacantes em dois campos: os que atacam o aspecto positivo da teoria econômica do direito (o direito pode ser mais bem compreendido em termos de maximização da riqueza e busca de benefícios [*rent-seeking*], a primeira sendo o domínio do *common law*, a segunda o do direito legislado) e os que atacam o aspecto normativo (devemos fazer com que o direito se ajuste o máximo possível aos ditames da maximização da riqueza). Sem dúvida, freqüentemente muitas pessoas atacarão a partir de ambas as frentes.

Duas críticas à teoria positiva são fundamentais. A primeira diz que o modelo econômico do comportamento humano está errado, e que a ciência econômica é uma impostura. A segunda diz que o estudo apropriado da economia é uma ativi-

dade mais de mercado do que independente do mercado, sendo esta última a categoria que inclui o crime, a decisão judicial e outras preocupações características do sistema jurídico.

Os economistas orgulham-se de estar engajados numa empreitada científica⁷. A partir da premissa básica de que os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações, o economista infere um grande número de hipóteses, das quais a mais conhecida é a "lei da procura" – um aumento do preço relativo de um produto irá, mantendo-se as outras coisas constantes, provocar uma redução da quantidade do produto procurado. Essas hipóteses são confirmadas ou contestadas por estudos do real comportamento econômico. Em geral, os estudos são de natureza estatística, ainda que boa parte dos indícios que convencem as pessoas de que existe "algo a ver" na economia sejam de natureza mais casual – por exemplo, a observação de que o racionamento baseado em outros fatores que não o preço leva à formação de filas. Ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muito mais a confirmação do que a falsificação⁸. Isso acontece, em

7. Há uma vasta literatura sobre a metodologia da economia positiva. Para começar, o melhor texto a examinar é o extraordinário ensaio de Daniel M. Hausman, "Economic Methodology in a Nutshell", 3 *Journal of Economic Perspectives*, primavera de 1989, p. 115. Para obras mais longas que ilustram e refletem uma variedade de pontos de vista, ver *The Boundaries of Economics* (Gordon C. Winston e Richard F. Teichgraber III, orgs., 1988); *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology* (Robin M. Hogarth e Melvin W. Reder, orgs., 1987); Lawrence A. Boland, *The Foundations of Economic Method* (1982); Bruce J. Caldwell, *Beyond Positivism: Economic Methodology in the Twentieth Century* (1982); Martin Hollis e Edward J. Nell, *Rational Economic Man: A Philosophical Critique of Neo-Classical Economics* (1975); Homa Katouzian, *Ideology and Method in Economics* (1980); Alexander Rosenberg, *Microeconomic Laws: A Philosophical Analysis* (1976) e *Sociology and the Preemption of Social Science* 53-91 (1980) (modificando a argumentação de *Microeconomic Laws*). Entre os livros que abordam a metodologia da ciência social como parte de uma maior preocupação com o método científico, Ernest Nagel, *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, caps. 13 e 14 (1961), é particularmente bom, apesar de datado.

8. A influência de Popper sobre a metodologia econômica tem sido grande, mas esse fato não é bem conhecido porque o principal veículo através do

parte, porque a teoria econômica se tornou tão rica e tão complexa que praticamente qualquer hipótese, mesmo a que parece negar uma implicação fundamental da teoria, como a lei da procura, poderia ser levada a ajustar-se à teoria. Por exemplo, uma descoberta de que a procura de um produto aumentou em resposta a um aumento de seu preço poderia ser racionalizada ao se argumentar ou que o produto era uma mercadoria inferior⁹ (*Giffen good*), ou que os consumidores, enganados pelo au-

qual ele foi introduzido na economia – o famoso artigo de Milton Friedman, "The Methodology of Positive Economics", em Friedman, *Essays on Positive Economics* 3 (1953) – não o cita. O artigo também torna sua mensagem popperiana obscura devido à sua sugestão exageradamente positivista de que o único objetivo das teorias econômicas consiste em fazer previsões verificáveis, bem como à sua ênfase afim, ao mesmo tempo desnecessária e enganosa, na pretensa necessidade de tornar os pressupostos econômicos irrealistas. O que Friedman quer dizer, acredito, não é que a falta de realismo seja uma vantagem em uma teoria científica, mas que uma teoria não é uma descrição. O teórico abstrai a partir dos atributos não essenciais do comportamento que está interessado em estudar. A isso pode-se acrescentar que uma teoria não precisa ser intuitiva para ser correta – uma vez mais, o exemplo heliocêntrico. Além do mais, o compromisso com os pressupostos da economia só precisa ser metodológico; não precisa induzir à ação política (o temor de que o faça é uma das causas da hostilidade acadêmica para com a economia). Exatamente porque o analista acredita que a teoria econômica, talvez drasticamente simplificada, seja o mais poderoso instrumento para *estudar* o comportamento social, daí não se segue que, em sua vida pessoal ou em suas preferências políticas, ele deva deixar-se guiar pela teoria. Aqui temos um exemplo da diferença entre a razão pura e a razão prática em seu primeiro sentido mencionado no capítulo 2.

Ademais, a economia tem uma qualidade decididamente positivista, como o demonstra a predileção dos economistas pelas hipóteses "como se": por exemplo, a hipótese de que a melhor explicação da responsabilidade civil do *common law* é aquela segundo a qual é "como se" os juízes estivessem tentando maximizar a riqueza. Ver Landes e Posner, nota 4 acima, p. 1. Esse tipo de hipótese deixa inexplorada a "realidade" subjacente que leva os juízes a comportar-se desse modo. Convida à observação de que as teorias com boa capacidade de predição podem ser falsas: a astronomia ptolemaica é falsa ainda que gere predições acuradas a respeito da aparente localização das estrelas, podendo assim ser usada para orientar a navegação.

9. Esse é um tipo especial daquilo que os economistas chamam de "produto inferior": um produto cuja demanda aumenta quando a renda das pessoas diminui. As batatas irlandesas são o exemplo convencional de um produto inferior. Se grande parte da renda de uma pessoa for consumida na compra de um produto inferior e o preço desse produto aumentar, a pessoa pode ver-se tão empobrecida que passará a consumir uma quantidade ainda maior des-

mento do preço, presumiriam que a qualidade do produto se tornara melhor; os consumidores freqüentemente vêem os preços como índices de qualidade, e freqüentemente estão certos ao fazê-lo. De fato, a lei da procura parece resistente; porém, é desagradavelmente fácil invalidar as descobertas empíricas que parecem entrar em conflito com as hipóteses e proposições teóricas básicas da economia.

A falsificabilidade é colocada ainda mais além do alcance do economista pela inviabilidade, na maioria das áreas da pesquisa econômica, de fazer experiências controladas. O método normal de procurar confirmar ou refutar uma hipótese econômica consiste em conduzir uma experiência "natural": um modelo econômico é usado para predizer uma relação entre variáveis estatísticas (por exemplo, entre dados de preço e dados de quantidade), e a confiabilidade do prognóstico é avaliada pela aplicação de testes de relevância estatística. Os problemas com essa metodologia incluem o tédio, os gastos e, às vezes, a impossibilidade de obter os dados que o modelo considera relevantes e, em decorrência desses obstáculos, a frágil relação proporcional entre trabalho empírico e teórico; a falta de recompensas profissionais para as descobertas negativas ou, o que vem a dar no mesmo, as pressões da carreira para se chegar a resultados positivos por bem ou por mal; o grande (às vezes indefinido) número de variáveis independentes omitidas

se produto (por exemplo, ela passará a comprar muito mais batatas e bem menos carne). Um bom exemplo dessa propriedade é conhecido como "bem de Giffen". Não se sabe ao certo se tal bem jamais existiu. Ver, por exemplo, George J. Stigler, "Notes on the History of the Giffen Paradox", 55 *Journal of Political Economy* 152 (1947); Roger Koenker, "Was Bread Giffen? The Demand for Food in England circa 1790", 59 *Review of Economics and Statistics* 255 (1977); L. A. Boland, "Giffen Goods, Market Prices, and Testability", 16 *Australian Economic Papers* 72 (1977); Gerald P. Dwyer e Cotton M. Lindsay, "Robert Giffen and the Irish Potato", 74 *American Economic Review* 188 (1984); Morten Berg, "Giffen's Paradox Revisited", 39 *Bulletin of Economic Research* 79 (1987). Certamente não houve muitos desses produtos, razão pela qual a possibilidade de que nem todas as curvas de demanda sejam decrescentes, tendo em vista que algumas delas podem descrever bens de Giffen, não constitui um problema sério para a teoria econômica. Tampouco é a teoria econômica, por si só, que exige princípios auxiliares (neste caso, a improbabilidade empírica dos bens de Giffen) a fim de conferir capacidade de predição à teoria. Esta é uma característica geral da ciência. Ver, por exemplo, Hilary Putnam, *Representation and Reality* 9 (1988).

que podem ser correlacionadas às variáveis independentes que o pesquisador está empenhado em testar; a porcentagem geralmente muito baixa da variação, nas observações, que é explicada pelo modelo, sugerindo ou que os dados são pobres ou que o modelo econômico só é capaz de assimilar uma pequena parte do fenômeno social que está sendo investigado; a facilidade de invalidar os resultados medíocres como resultantes de problemas com dados, e o fato de os resultados previstos serem conhecidos de antemão, o que cria tanto a pressão quanto a oportunidade de remendar o modelo a fim de levá-lo a ajustar-se melhor aos dados – e a complexidade da teoria econômica torna esses remendos fáceis de fazer. Os dois últimos pontos podem explicar por que as descobertas negativas tendem a ser atribuídas à falta de imaginação do pesquisador.

Uma teoria que não seja eficientemente refutável, mas apenas confirmável, tem bases muito tênues. Nunca se pode saber ao certo se as observações que confirmam (isto é, que são compatíveis com) a teoria A não estão, de fato, confirmando a teoria B, que coincide com A ou a inclui. A baixa porcentagem de variação explicada pela maioria dos estudos econométricos faz disso uma grande possibilidade. Esse é um problema menos sério para as ciências que não apenas geram *insights* dos fenômenos naturais, como a origem do universo ou das espécies, mas que também permitem dramáticas intervenções. A bomba atômica é prova (não conclusiva, mas nenhuma prova o é) de que a teoria atômica moderna não é apenas mais uma especulação brilhante sobre entidades invisíveis; o mesmo se pode dizer da biotecnologia e da teoria genética. Embora a economia também tenha seu lado tecnológico, assim como seu lado acadêmico – à teoria econômica podemos creditar algumas novas estratégias comerciais nos mercados de ações, alguns novos métodos de cálculo de preços e algumas novas políticas públicas, como a desregulamentação dos transportes e da atividade bancária –, essas intervenções são menos dramáticas e mais ambíguas, em seus resultados e em sua interpretação, do que as intervenções da ciência natural em áreas como os armamentos e a medicina.

Há outro problema. O pressuposto básico da economia – o de que os indivíduos são maximizadores racionais – parece não apenas contra-intuitivo (uma característica comum da teoria

científica, apesar de bem ilustrada pela teoria heliocêntrica do sistema solar e pela evolução, para não mencionar a teoria quântica), como também seriamente incompleta. As pessoas têm dificuldade para lidar com eventos de baixa probabilidade, que são importantes em muitas áreas do comportamento estudadas pelos economistas; e boa parte do comportamento humano parece ser impulsivo, emocional, supersticioso – numa palavra, irracional. São razões para nos preocuparmos com o fato de que as observações que confirmam a teoria A (economia) podem, de fato, estar confirmando uma teoria mais inclusiva e realista, a teoria B.

Essas observações sugerem que a economia é fraca em comparação com as ciências naturais, ainda que seja a mais forte das ciências humanas. Contudo, a discussão não mostrou – e seria um erro acreditar em tal coisa – que se trata de uma ciência falsa, como a astrologia, ou de uma ideologia, como o marxismo¹⁰. Ao contrário, ela parece apreender uma parte importante, ainda que possivelmente apenas uma pequena parte, dos fenômenos que procura explicar. A esse respeito, assim como em sua profunda confiança no cálculo para a formação de seus modelos, a economia se assemelha à física newtoniana. Essa semelhança enfatiza a confusão da crítica comum à economia, que a vê como “reducionista” ao procurar usar modelos matemáticos para descrever o comportamento social humano. Todas as ciências envolvem abstração. A lei da queda dos corpos de Newton abstrai muitas particularidades de tais corpos (por exemplo, seria vermelha a maçã?) numa tentativa de descobrir uma lei da natureza – especificamente, uma lei que descreva o comportamento de uma variedade de corpos, de maçãs a marés, de balas de canhão a estrelas, que diferem em muitas outras de suas particularidades. “Toda teorização científica procede pela abstração. Preocupa-se com relações espaciais, com números, com o movimento, com a evolução das espécies biológicas e assim por diante. Se em vez disso

10. Sobre as características de uma pseudociência, ver a interessante discussão em Raimo Tuomela, *Science, Action, and Reality*, cap. 10 (1985), esp. p. 229. Para alguns economistas, por certo, a economia é tanto uma ideologia quanto um método de análise.

uma teoria tentasse preocupar-se, digamos, com o conjunto total dos animais, que não apenas têm formas e números e a capacidade de mover-se e reproduzir-se, mas também uma variedade infinita de outras características, o empreendimento teórico iria ver-se inevitavelmente asfixiado por uma superfluidade de detalhes.¹¹ Não descrevemos esse processo como reducionista; reservamos essa palavra – ou deveríamos reservá-la – para as tentativas malsucedidas de explicar uma coisa em termos de outra; por exemplo, idéias em termos de alterações moleculares no cérebro.

Não devemos nos esquecer de que um importante ramo da física, a astrofísica, não é uma ciência experimental em sua maior parte; que também existem outras ciências naturais não-experimentais, inclusive a geologia e a paleontologia; que algumas das mais importantes teorias científicas, em especial aquelas sobre a evolução na biologia e na geologia, não podem, na verdade, ser falsificadas¹²; que as experiências são extremamente falíveis, uma vez que uma variável excluída pode ser a causa real que a experiência está tentando verificar, e que a variável que o cientista vê como causa pode ser simplesmente um correlato da verdadeira causa; que boa parte da ciência é incrivelmente contra-intuitiva – uma agressão ao senso comum (a teoria quântica, por exemplo, ou a evolução do olho humano); que os cientistas freqüentemente criam pressupostos arbitrários e improváveis (como o de que as leis da física, do modo como os

11. L. Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy* 123 (1986). Ao que se poderia acrescentar que, se uma teoria for muito fecunda, poderá não ser passível de falsificação – um perigo sempre à espreita da economia, como observei. Talvez a economia não seja suficientemente reducionista!

12. Os problemas metodológicos da teoria da evolução – na verdade, da biologia em termos gerais – são muito semelhantes aos da teoria econômica. Cf. Michael Ruse, *Philosophy of Biology Today*, cap. 1 (1988); Alexander Rosenberg, *The Structures of Biological Science* (1985). E David L. Hull, *Science as a Process: An Evolutionary Account of the Social and Conceptual Development of Science* 495 (1988), assinala que a verdadeira falsificação nas ciências naturais é um fato raro, e que, ao contrário da teoria de Popper, os cientistas irão freqüentemente aceitar uma teoria que não foi objeto de sérias tentativas de falsificação. Já há muito tempo Popper, inclusive, afastou-se do estrito falsificacionismo de seus primeiros escritos.

conhecemos, são de aplicação universal) e que, devido à impossibilidade de chegar alguma vez à “confirmação” real de uma hipótese científica, seria melhor ver todo o conhecimento científico como conjectural. Em suma, algumas das fraquezas metodológicas mais notáveis – reais ou aparentes – da ciência econômica são compartilhadas com a ciência natural, ao que se deve acrescentar que os economistas e outros cientistas sociais às vezes conduzem experiências controladas¹³.

A fragilidade da economia deveria desencorajar nossas tentativas de aplicá-la ao comportamento independente do mercado? Sem dúvida, não. Ainda que boa parte do comportamento independente do mercado seja realmente desconcertante, continuará a sê-lo quer o abordemos do ponto de vista da economia, que pressupõe que os seres humanos se comportam racionalmente, quer do ponto de vista de outras ciências humanas, que não fazem esse pressuposto mas nada têm para colocar em seu lugar. A economia do direito pode muito bem ser um campo fraco, compartilhando a fragilidade geral da economia e outras fragilidades que lhe são específicas. Contudo, será forte a psicologia do direito? A sociologia do direito? A antropologia jurídica? A filosofia do direito como teoria positiva do direito? Esses campos de estudos jurídicos interdisciplinares, além de outros que aqui poderíamos citar, são mais antigos do que a Análise Econômica do Direito, mas ainda assim são candidatos mais fracos a um papel de liderança na configuração de uma teoria positiva do direito.

Alguns argumentos contra a aplicação da economia ao comportamento independente do mercado são particularmente interessantes do ponto de vista deste livro, pois se baseiam em resistentes falácias filosóficas, em particular a do essencialismo, a idéia de que todas as coisas têm uma propriedade que as define e que constitui, na verdade, sua essência metafísica, de modo que, se tal propriedade estiver ausente, a coisa à qual ela se encontra supostamente ligada é uma coisa diferente do que pensávamos ser. (Langdell era essencialista.) Portanto, argumenta-se que a economia *significa* o estudo dos mercados,

13. Ver Alvin E. Roth, “Laboratory Experimentation in Economics”, *2 Economics and Philosophy* 245 (1986).

de modo que o estudo do comportamento independente do mercado está fora de seu raio de ação e não é – não pode ser – economia. De fato, “economia”, como “direito” (ou “filosofia”, ou “democracia”, ou “religião”) não tem nem intensão nem extensão fixa; isto é, não pode ser definida, nem enumerado o complexo conjunto de coisas ao qual ela se aplica. Não é como “coelho”, uma palavra que pode ser definida e então “anexada”, sem ambigüidade, a cada membro de um conjunto finito de objetos do mundo real que satisfazem a definição. (Bem, na verdade nem tanto, porque a palavra pode ser usada para aplicar-se a Harvey* ou ao Coelho da Páscoa, ou a um ser humano tímido**.) As definições de economia são inúteis. Não se pode dizer que economia seja aquilo que os economistas praticam, porque muitos não-economistas praticam economia – ou se tornam economistas ao praticá-la? Não se pode, ao menos quando se tenta ser preciso no falar, chamar a economia de “ciência da escolha racional”. Existem teorias de escolha racional que não se assemelham à economia, ou porque pressupõem preferências instáveis, que alteram muitos dos prognósticos da economia, ou porque pressupõem uma pluralidade de agentes racionais dentro de cada ser humano – por exemplo, um ego impulsivo e um ego que se volta para o futuro. E existem teorias econômicas que são não-rationais ou não consistentemente racionais. Estas incluem as teorias de sobrevivência na organização industrial (as empresas que por acaso encontram métodos mais eficientes de fazer negócios vão crescer proporcionalmente às menos eficientes) e as muitas teorias macroeconômicas nas quais se pressupõe que as pessoas tenham propensões (poupar, consumir, manter uma fração fixa de seu patrimônio em espécie) que não derivam do modelo racional de comportamento humano. Não se pode dizer que a economia seja o estudo dos mercados, porque outras disciplinas estudam os mercados – por exemplo, a sociologia e a antropologia –, e porque definir a economia como o estudo dos mercados e recusar-se a defender a definição é algo que le-

* Alusão à peça *Harvey*, de Mary Chase, que serviu de base para o filme *Meu Amigo Harvey*, de 1950, com Jimmy Stuart. (N. do T.)

** Em inglês, *rabbit* (coelho) também significa “pessoa tímida”. (N. do T.)

vanta a questão ainda controversa da possibilidade de determinar o domínio apropriado da economia.

Verdade é que, historicamente, a ênfase da economia tem incidido sobre o estudo dos mercados. Isso ocorre, em parte, porque os tipos de dados que são úteis à análise econômica têm sido abundantes, em parte porque (ao contrário de áreas do comportamento humano como o direito, a religião, a educação, a arte de governar, o amor e a loucura) o estudo dos mercados só tem tido um interesse marginal para os praticantes de outras ciências humanas, em parte porque a teoria econômica tem muitas aplicações ao entendimento dos mercados, em parte (o que tem a ver com o último ponto) porque o comportamento racional parece mais onipresente nos mercados do que na maioria das outras esferas de interação social, e em parte porque o dinheiro oferece um instrumento de mensuração para o estudo dos mercados que se pode comparar ao papel desempenhado pela massa e velocidade na física. Contudo, a história de um campo – inclusive a natureza de seus maiores triunfos – não determina seu futuro nem delimita seu raio de ação.

Tampouco é bom o argumento de que a extensão da economia ao comportamento independente do mercado deva depender da solução dos principais problemas da economia de mercado. É realmente tentador perguntar como os economistas esperam explicar o índice de divórcios quando não conseguem sequer explicar o comportamento num contexto de oligopólio. Essa questão, porém, reflete a falácia de que a economia tem um domínio fixo. Os métodos da economia podem não ser bons para responder a algumas perguntas importantes sobre o comportamento dos mercados; isso não é motivo para ficar batendo a cabeça contra a parede. A economia não tem a missão predestinada de esclarecer todos os mistérios do mercado. Talvez funcione melhor com alguns tipos de comportamento independente do mercado do que com alguns tipos de comportamento de mercado, mesmo que possa responder a mais perguntas sobre o comportamento de mercado do que sobre qualquer outro tipo.

Tampouco é bom o argumento de que possivelmente o economista não possa competir na raia do advogado por lhe faltar uma iniciação formal nos mistérios do pensamento jurí-

dico. Além do evidente exagero acerca desses mistérios, não passa de mais uma forma de essencialismo pressupor que o direito só possa ser formulado por um bacharel em direito. Ou, a esse respeito, que a economia só possa ser praticada por alguém que tenha um Ph.D. em economia. O economista é uma pessoa que atua na área da economia e, se ele desenvolver essa atividade sem um diploma (talvez por ser advogado e estar cansado da formação acadêmica) ou em colaboração com alguém que tenha tal diploma, ele continuará atuando na área da economia: uma economia que talvez seja menos elegante, menos refinada, menos sofisticada, menos rigorosa e menos matemática, mas não necessariamente menos capaz de aumentar nosso conhecimento do direito ou de outra atividade independente do mercado.

Saber se a economia tem muito a contribuir com o conhecimento humano fora da esfera dos mercados explícitos é uma questão empírica¹⁴, mas a resposta parece ser sim, a julgar pela extensa literatura econômica que aborda áreas independentes do mercado como a educação, a história econômica, a antropologia, as causas da regulação, o comportamento de instituições sem fins lucrativos, a discriminação racial e de outros tipos, a família e a privacidade¹⁵. Isso, por sua vez, sugere que a teoria

14. Um ponto de vista cético pode ser encontrado em Ronald H. Coase, "Economics and Contiguous Disciplines", 7 *Journal of Legal Studies* 201 (1978). O mais exato, contudo, seria dizer que o professor Coase acredita não que a economia tenha poucas contribuições a dar fora desse domínio, mas que os economistas têm pouco com que contribuir. Coase pensa que advogados, sociólogos, psicólogos e outros tomarão de empréstimo as partes da teoria econômica que são úteis em seus próprios campos e, assim equipados, vão ter uma vantagem decisiva sobre os economistas ao pesquisar nos campos destes, uma vez que seus conhecimentos serão superiores aos deles.

15. Ver, por exemplo, Jack Hirshleifer, "The Expanding Domain of Economics", 75 *American Economic Review* 53 (número especial de aniversário, dezembro de 1985); *Discrimination in Labor Markets* (Orley Ashenfelter e Albert Rees, orgs., 1973); *Education, Income, and Human Behavior* (F. Thomas Juster, org., 1976); *Household Production and Consumption* (Nestor E. Terlecky, org., 1975); *Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital* (Theodore W. Schultz, org., 1974); *The Reinterpretation of American Economic History* (Robert William Fogel e Stanley L. Engerman, orgs., 1971); Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976); Becker, *A Treatise on the Family* (1981); Victor R. Fuchs, *Women's Quest for Economic Equality* (1988); James M. Buchanan e

econômica do direito deve ser avaliada por seus méritos – sempre tendo em mente que a fraqueza da economia enquanto ciência exige cuidado quando da avaliação de afirmações feitas em qualquer área da economia – e não descartada com base numa concepção *a priori* da esfera de ação da economia.

Algumas objeções específicas são dirigidas ao lado positivo da teoria econômica do direito¹⁶. A primeira é que a teoria não pode realmente ser testada (e que é, portanto, pseudo-científica), pois os dados necessários à formação de um juízo quanto a uma doutrina jurídica específica ser ou não maximizadora da riqueza são, na verdade, impossíveis de obter. Essa crítica, que com muita frequência (e incoerência) vem juntar-se a outra – a de que as doutrinas específicas aceitas pela análise econômica do direito como eficientes podem terminar por mostrar-se ineficientes –, não passa de um exagero. Os dados necessários para testar a teoria positiva – no caso de doutrinas da responsabilidade civil extracontratual, dados sobre o número de acidentes, a quantidade e os custos das ações judiciais, nível dos prêmios de seguros contra acidentes e dos seguros de

Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962); Michael Grossman, *The Demand for Health* (National Bureau of Economic Research, 1972); George J. Stigler, *The Citizen and the State: Essays on Regulation* (1975); e meu livro *The Economics of Justice* (1981). Para as tentativas de estender o domínio da economia inclusive para a psicologia, ver, por exemplo, Thomas C. Schelling, "Self-Command in Practice, in Policy, and in a Theory of Rational Choice", 74 *American Economic Review Papers and Proceedings* 1 (maio de 1984); Richard H. Thaler e H. M. Shefrin, "An Economic Theory of Self-Control", 89 *Journal of Political Economy* 392 (1981); George A. Akerlof e William T. Dickens, "The Economic Consequences of Cognitive Dissonance", 72 *American Economic Review* 307 (1982). O leitor atento do presente livro terá notado que, em vários pontos, insinuo que a economia pode ter um papel fundamental a desempenhar na abordagem de um grande número de questões filosóficas nas áreas da epistemologia e ontologia – o desenvolvimento dessas questões, porém, pediria um novo livro.

16. Muitas delas podem ser encontradas nos artigos em "Symposium on Efficiency as a Legal Concern", 8 *Hofstra Law Review* 485, 811 (1980); ver também Cento Veljanovski, "Legal Theory, Economic Analysis, and the Law of Torts", em *Legal Theory and Common Law* 215 (William Twining, org., 1986); Peter Carstensen, resenha (de Landes e Posner, *The Economic Structure of Tort Law*), 86 *Michigan Law Review* 1161 (1988); Tom Campbell, *Justice*, cap. 5 (1988); Frank I. Michelman, "Norms and Normativity in the Economic Theory of Law", 62 *Minnesota Law Review* 1015 (1978). Uma defesa da abordagem positiva pode ser encontrada em Landes e Posner, nota 4 acima, cap. 1.

responsabilidade civil e variações na doutrina jurídica, tanto legal quanto de *common law* – são obtíveis, e não mais insuficientes ou refratários do que os dados necessários para testar muitas outras teorias econômicas. O que é verdade, contudo, é que poucos testes estatísticos foram aplicados à teoria econômico-positiva do direito, e que, ao contrário, os analistas têm se dado muito por satisfeitos em fazer uma avaliação qualitativa das propriedades de maximização da riqueza das regras, doutrinas e decisões jurídicas em estudo. Seria um erro pensar que as regras não podem constituir dados para as ciências; vários ramos da lingüística que estudam regras de linguagem são científicos¹⁷. Todavia, definir as regras jurídicas como eficientes ou ineficientes, em circunstâncias nas quais o cálculo de custos e benefícios é impraticável, ou simplesmente não foi tentado, é um procedimento repleto de subjetividade que torna difícil avaliar as alegações de que a teoria foi confirmada ou refutada ao ser confrontada com as verdadeiras regras de direito ou os resultados concretos de casos. A indefinição da teoria econômica não ajuda em nada.

Esta é uma crítica substancial, porém facilmente exagerada. Algumas doutrinas do *common law*, inclusive a fórmula de negligência de Hand, por pouco não são explicitamente econômicas. Em outras, a lógica econômica implícita fica pouco abaixo da superfície. E em outras, ainda, uma comparação entre doutrinas equivalentes em jurisdições diferentes (por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos) revela diferenças sugestivamente análogas a diferenças de condições econômicas – densidade populacional, quantidade de terra cultivada e assim por diante¹⁸.

Uma crítica afim à teoria positiva diz que ou ela foi considerada falsa por seus proponentes, ou é mal definida demais para ser refutável. Como ninguém acredita nem que toda regra

17. Ver Frederick J. Newmeyer, *The Politics of Linguistics* (1986); *Historical Linguistics* (B. Brainerd, org., 1983); Theodora Bynon, *Historical Linguistics* (1977); William Labov, *Sociolinguistic Patterns* (1972); John T. Waterman, *Perspectives in Linguistics* (2ª ed. 1970). Quanto ao ponto de vista cético sobre o fato de qualquer parte da lingüística ter ou não alcançado *status* científico, ver Victor H. Yngve, *Linguistics as a Science* (1986).

18. Exemplos podem ser encontrados em Landes e Posner, nota 4 acima.

de *common law* tenha por objetivo maximizar a riqueza, nem que toda lei meramente redistribua a riqueza em favor de algum grupo de interesses, a forma mais forte da teoria – a de que ela descreve exatamente o comportamento total do sistema jurídico, como outrora se pensou que a física newtoniana descrevesse o movimento de todos os objetos existentes no universo – é totalmente insustentável. Qual é, então, a forma fraca para a qual os proponentes recuam? Ou que a teoria positiva descreve a maioria das regras jurídicas, ou simplesmente que tal forma identificou uma influência, talvez uma dentre inúmeras, sobre a formação das regras jurídicas. De qualquer modo, a teoria é insatisfatória porque deixa por explicar muitos – possivelmente a maioria – dos fenômenos que pretendia explicar, sem fornecer sugestões sobre como se poderia diminuir esse vasto resíduo de ignorância.

A seguir vem a objeção de que não se ofereceu até hoje nenhuma explicação adequada de *por que* os juizes deveriam moldar a doutrina do *common law* na direção indicada pela norma da maximização da riqueza¹⁹. As explicações evolucionárias anteriormente esboçadas são insatisfatórias. Os intervalos ao longo dos quais o *common law* “evoluiu” são demasiado curtos para que um processo aleatório tenha gerado regras eficientes, e é provável que o processo aleatório especificamente postulado (a maior propensão a litigar casos em que há mais coisas em jogo são maiores do que casos em que há menos em jogo) seja dominado por outros determinantes das regras jurídicas – em particular, pelas diretrizes políticas dos juizes. As explicações que enfatizam os incentivos dos juizes equivocam-se quanto ao fato, exasperante para um economista, de que o processo judicial se destina a remover os principais incentivos que os economistas usam para prever comportamentos. As condições da atuação judicial têm por finalidade tornar o juiz indiferente, do ponto de vista de seu interesse pecuniário pessoal, ao modo como ele decide. O interesse pecuniário pessoal não esgota o conceito econômico de interesse pessoal. Todavia, as outras di-

19. Uma discussão bastante útil pode ser encontrada em Paul H. Rubin, “The Objectives of Private and Public Judges: A Comment”, 41 *Public Choice* 133 (1983).

mensões podem ser difíceis de identificar, e mais ainda de avaliar. Embora os juízes sejam tão egocêntricos quanto qualquer outra pessoa, é excepcional o caso em que uma decisão específica venha a estimular o interesse pessoal de um juiz de outra forma que não seja dando-lhe a satisfação de ter cumprido seu dever (o que pode implicar a promoção de uma ideologia, mesmo de uma ideologia da qual ele não esteja consciente) da melhor maneira possível – e esse maximante específico não parece prontamente receptivo à análise econômica.

Contudo, mal compreendidos como são os incentivos judiciais, é pelo menos plausível que eles levem os juízes a voltar-se para a criação de regras de *common law* que promovem a política social difusa, porém poderosa, de pôr os mercados em funcionamento. Porque esta pode ser a única política social que os instrumentos do processo judicial permitem que os juízes promovam de modo consistente e razoavelmente incontroverso; se assim for, a maximização da riqueza oferece aos juízes um ponto de referência confortável e socialmente útil. Contra isso se pode argumentar que a articulação de regras jurídicas nas decisões judiciais é uma atividade autoconsciente e expressiva, diferente da reação de um consumidor a uma mudança dos preços relativos; de modo que, se a maximização da riqueza fosse realmente a força vital do *common law*, nossa expectativa seria a de encontrar juízes empregando o vocabulário da economia – sobretudo agora, quando os analistas econômicos levaram esse vocabulário a abranger a doutrina jurídica. O vocabulário da economia, porém, destina-se ao uso dos especialistas em economia. Tampouco deveríamos ficar mais surpresos, ao encontrar juízes empregando termos diferentes quando o que estão fazendo é economia, do que ficaríamos ao constatar que homens de negócios equiparam custo marginal a receita marginal sem empregar esses termos, e frequentemente sem saber o que eles significam. E devemos ter em mente que *qualquer* “estrutura que as decisões judiciais tenham será uma estrutura profunda, não uma estrutura que seja de imediato evidente a um exame superficial do texto”, porque o sistema do *common law* (e a solução judicial de conflitos anglo-americana em geral) não possui “uma forma claramente definida de decisão jurídica, ou um cânone fechado de material

justificatório, ou uma convenção que efetivamente despersonalize a decisão do tribunal”²⁰.

A última crítica importante à teoria econômico-positiva do direito, e a ponte com as críticas à teoria normativa, afirma que a maximização da riqueza é uma norma social tão incoerente e repulsiva que é inconcebível que os juízes a adotem. Permitam-me suspender o exame dessa crítica por um momento e pedir ao leitor que aceite, provisoriamente, a conclusão da próxima seção: enquanto norma social universal, a maximização da riqueza é, de fato, insatisfatória, mas é atraente, ou pelo menos defensável, quando restrita à esfera do *common law*. Feito esse pedido, vejamos agora em que posição fica a teoria positiva. Claramente, são muitas as suas fraquezas; a teoria jurídica ainda não teve seu Isaac Newton nem seu Adam Smith. Tampouco essas fraquezas podem ser ignoradas com a observação de que, para derrubar uma teoria, basta colocar outra melhor em seu lugar. Esta observação é verdadeira – com o que mais se poderia *derrubar* uma teoria? –, mas é também trivial. Se a única explicação teórica que se deu a um fenômeno é inconvincente apesar da falta de uma explicação rival, temos o direito de concluir que o fenômeno não foi explicado. Talvez sejamos *forçados* a pensar desse modo: a falta de explicações rivais é uma das razões para acreditar numa explicação, e se, ainda assim, você não acreditar nela, o proponente não pode obrigá-lo a fazer isso simplesmente ao mostrar-lhe que não existem explicações paralelas. Há muita coisa sobre a sociedade (e sobre a natureza) que escapa ao nosso entendimento.

Este, porém, seria o comentário errado para encerrar a discussão da teoria econômico-positiva do direito. À parte seu mérito pedagógico de permitir que a miscelânea de regras e doutrinas do *common law* se organizem na forma de um sistema coerente, a teoria tem alertado os juristas para as possibilidades de se teorizar cientificamente sobre o direito, desafiando-os a procurar novas teorias, ainda que até o momento essa busca se mostre bastante infrutífera. Além disso, em sua forma

20. A. W. Simpson, “Legal Reasoning Anatomized: On Steiner’s *Moral Argument and Social Vision in the Courts*”, 13 *Law and Social Inquiry* 637, 638 (1988).

mais fraca a teoria econômica do direito pode alegar uma certa sustentação empírica. Parece que os *insights* sobre a maximização da riqueza *deram* forma, de maneira significativa, às doutrinas do *common law*, e que o direito legislado *de fato* reflete muito bem a pressão dos grupos de interesses. Ainda que fosse um completo exagero concluir, a partir dos indícios até hoje existentes, que a lógica do *common law* tem sido a maximização da riqueza, e que a do direito legislado tem sido a da redistribuição da riqueza, a afirmação contém alguma verdade – e, para retomarmos uma das preocupações centrais deste livro, põe fim às sugestões de que o direito é um campo autônomo de pensamento e ação social.

Um adepto radical de Popper poderia responder que, enquanto houver uma *única* observação anômala – no atual contexto, uma única regra, doutrina ou decisão do *common law* que seja ineficiente, ou uma única regra legislativa que seja eficiente –, a teoria econômica do direito terá sido refutada. Porém, tal resposta refletiria uma incompreensão do método científico²¹. A lei natural de que a água ferve a 100 graus centígrados não é refutada – mas apenas ressalvada – pela observação de que ela ferve a uma temperatura inferior em grandes altitudes; incluímos a lei numa teoria mais ampla sobre os efeitos do calor. Algum dia, o que venho chamando de teoria econômico-positiva do direito será incluído numa teoria mais ampla – talvez, ainda que não necessariamente, uma teoria econômica – do comportamento social que chamamos de “direito”. Enquanto isso, a exemplo do princípio de que a água ferve a 100 graus centígrados, a teoria econômica do direito é uma regra padrão, ou uma suposição – o lugar ideal para iniciar a análise do direito do ponto de vista positivo, ainda que não necessariamente para concluí-la.

Críticas da teoria normativa

A questão de saber se a maximização da riqueza *deveria* guiar as diretrizes políticas do direito, quer em geral, quer nas

21. Cf. William C. Wimsatt, “False Models as Means to Truer Theories”, em *Neutral Models in Biology* 23 (Mathew H. Nitecki e Antoni Hoffman, orgs., 1987). O próprio Popper, como observei, não mais a aceitaria.

esferas do *common law* (além dos campos legislados nos quais a intenção legislativa é promover a eficiência – dos quais a lei antitruste é um exemplo possível), é em geral tratada como questão distinta daquela de saber se ela *tem* guiado as políticas públicas no direito, a não ser na medida em que a teoria positiva possa ser destruída pelas impropriedades da teoria normativa. Na verdade, as duas teorias não são tão separadas assim²², o que mais uma vez ilustra a falta de um limite claro entre proposições do “ser” e do “dever ser”. Uma das coisas que os juízes devem fazer é observar o precedente, ainda que não inflexivelmente; portanto, se a eficiência é o princípio que anima boa parte da doutrina do *common law*, os juízes têm uma certa obrigação de tomar decisões que sejam compatíveis com a eficiência. Esta é uma das razões pelas quais a teoria econômico-positiva do *common law* é tão polêmica.

A teoria normativa tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta, e é destas que pretendo me ocupar a seguir²³.

A primeira delas diz que a maximização da riqueza é intrinsecamente incompleta enquanto guia da ação social, porque nada tem a dizer sobre a distribuição de direitos – ou, pelo

22. Devo a Steven Heicher essa constatação.

23. As apreciações críticas mais importantes podem ser encontradas em Jules L. Coleman, “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”, 94 *Ethics* 649 (1984); Coleman, *Markets, Morals, and the Law*, 2ª parte (1988); Ronald M. Dworkin, “Is Wealth a Value?” 9 *Journal of Legal Studies* 191 (1980), reimpresso em Dworkin, *A Matter of Principle*, cap. 12 (1985); Anthony T. Kronman, “Wealth Maximization as a Normative Principle”, 9 *Journal of Legal Studies* 227 (1980); Nicholas Mercuro e Timothy P. Ryan, *Law, Economics, and Public Policy* 130-137 (1984); Joseph M. Steiner, “Economics, Morality, and the Law of Torts”, 26 *University of Toronto Law Journal* 227 (1976); Ernest J. Weinrib, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, 30 *id.* p. 307 (1980). As réplicas a algumas dessas críticas podem ser encontradas em “Wealth Maximization Revisited”, nota 3 acima; Lloyd Cohen, “A Justification of Social Wealth Maximization as a Rights-Based Ethical Theory”, 10 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 411 (1987); D. Bruce Johnson, “Wealth Is Value”, 15 *Journal of Legal Studies* 263 (1986).

menos, nada que queiramos ouvir. Dada a distribuição de direitos (qualquer que seja), a maximização da riqueza pode ser usada para inferir as políticas públicas que poderão maximizar o valor desses direitos. Mas isso não vai muito longe, porque somos naturalmente curiosos quanto a saber se seria justo ter como ponto de partida uma sociedade na qual, digamos, um dos membros possuísse todos os demais. Se a maximização da riqueza for indiferente à distribuição inicial de direitos, será mutilada enquanto conceito de justiça.

Uma vez que a distribuição inicial pode desfazer-se rapidamente²⁴, esse ponto pode ser de pouca importância prática. A maximização da riqueza tampouco é totalmente silenciosa quanto à distribuição inicial. Se pudéssemos comparar duas sociedades nascentes, iguais sob todos os outros aspectos, numa das quais uma pessoa possuísse todas as outras, e em que na outra a escravidão fosse proibida, e se pudéssemos repetir a comparação depois de um século, quase certamente descobriríamos que a segunda sociedade seria mais rica, e que a primeira teria abolido a escravidão (desse modo, estaria também ilustrado o efeito limitado da distribuição inicial sobre a distribuição corrente). Embora isso não tenha sido sempre – nem em toda parte – verdadeiro, sob condições modernas de produção a escravidão é um método ineficiente de organizar a produção. O extenso uso de trabalho escravo pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial pode parecer uma exceção – mas somente o será se desconsiderarmos o bem-estar dos escravos.

Essa resposta à exigência de que a maximização da riqueza nos diga algo sobre a justiça da distribuição inicial dos direitos é incompleta. Suponhamos que fosse verdade – e quase não há dúvida de que é verdade – que, na sociedade norteamericana moderna, algumas pessoas fossem mais produtivas como escravos do que como pessoas livres. Não se trata de indivíduos anti-sociais que queiramos punir com o encarcera-

24. "Quase todas as vantagens e desvantagens dos rendimentos dos antepassados são eliminadas em três gerações". Gary S. Becker e Nigel Tomes, "Human Capital and the Rise and Fall of Families", 4 *Journal of Labor Economics* 51, 532 (1986).

mento (uma forma de escravidão tolerada), nem de psicóticos ou de indivíduos com graves deficiências mentais; são apenas indolentes, displicentes, desorganizados, indisciplinados – pessoas incompetentes para dirigir as próprias vidas de um jeito que maximize sua produção, ainda que por "produção relevante" não se entenda apenas produção de mercado, mas também de lazer, relações familiares e quaisquer outras fontes de satisfação para elas e outras pessoas. A riqueza seria maximizada ao se escravizar essas pessoas, conquanto que os custos de supervisão não fossem muito altos – mas o pressuposto de que não seriam muito altos está embutido na proposição de que a produção delas seria maior como escravos do que como indivíduos livres, uma vez que é em produção líquida que estamos interessados. Contudo, ninguém acha que seria certo escravizar essas pessoas, ainda que não houvesse problemas probatórios para identificá-las, que se pudesse ter certeza de que os proprietários dos escravos seriam pessoas bondosas, e assim por diante; e essas condições também podem estar implícitas na proposição de que a produção social líquida de algumas pessoas seria maior se elas fossem escravos.

Não vale como resposta dizer que seria ineficiente escravizar tais pessoas a menos que consentissem em ser escravizadas, isto é, a menos que os supostos senhores de escravos pagassem o preço de venda por sua liberdade. Os termos "sua liberdade" pressupõe que eles tenham o direito de propriedade sobre suas pessoas, e o pressuposto é arbitrário. Podemos imaginar a atribuição dos direitos de propriedade sobre pessoas (talvez somente aquelas que parecessem provavelmente improdutivas) ao Estado, que poderia vendê-las em leilão aos que oferecessem os lances mais altos. O suposto escravo pode fazer uma contraproposta a seu suposto senhor, mas perderia. Seus ganhos previstos, após o consumo líquido correspondente, seriam menores do que os lucros previstos de seu dono; de outro modo, a escravização não seria eficiente. Portanto, ele não poderia tomar emprestado o suficiente – ainda que os mercados de capital funcionassem sem qualquer atrito (no presente contexto, ainda que o mutuante pudesse escravizar o mutuário se este violasse o contrato!) – para fazer uma contraproposta superior à de seu suposto senhor.

Esse exemplo sugere uma crítica mais profunda da maximização da riqueza enquanto norma ou valor: assim como o utilitarismo, com o qual guarda estreita semelhança, ou o nacionalismo, ou o darwinismo social, ou o raciaismo, ou as teorias orgânicas do Estado, ela trata as pessoas como se estas fossem as células de um único organismo; o bem-estar da célula só é importante na medida em que promova o bem-estar do organismo. A maximização da riqueza implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido. Essa implicação, porém, é contrária às inabaláveis instituições morais norte-americanas e, como enfatizei no último capítulo, a conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral – na verdade, de qualquer teoria.

Capítulos anteriores contêm exemplos do choque entre intuições morais que têm influenciado o direito, por um lado, e maximização da riqueza, por outro. Lembremo-nos, primeiro, de que a idéia de justiça corretiva pode muito bem incluir a proposição de que as pessoas vitimadas por uma injustiça têm direito a alguma forma de reparação, mesmo nos casos em que, de um ponto de vista social absoluto, talvez fosse melhor deixar as coisas como estão. Uma idéia dessas não se sustenta num sistema regido pela maximização da riqueza. Em segundo lugar, a proibição das confissões involuntárias repousa sobre uma noção de livre-arbítrio que não se sustenta num sistema de maximização da riqueza, ainda que a noção específica de livre-arbítrio usada pelo direito equipare o livre-arbítrio à capacidade de escolha racional, e a escolha racional é fundamental para a economia. A legitimidade jurídica das confissões num sistema somente dedicado à maximização da riqueza dependeria inteiramente dos custos e benefícios das diferentes formas de coação, que vão da tortura explícita às pressões psicológicas relativamente moderadas que nosso sistema jurídico tolera. A análise de custo-benefício poderia mostrar que sob condições modernas a tortura é raramente custo-efetiva, constituindo uma forma dispendiosa de interrogatório (principalmente para a vítima, mas talvez também para o torturador) que tende a produzir um grande número de indícios falsos e confissões não confiáveis. Não obstante, até mesmo a forma mais degradante de tortura

não seria *necessariamente* excluída, inclusive na investigação de crimes comuns. Sugerir, no capítulo 5, que a mentalidade de custo-benefício fez incursões no direito da confissão sob coação, mas que em algum ponto essas incursões entrariam em choque com fortes intuições morais que parecem incompatíveis com o pensamento econômico, e seriam por elas suprimidas.

Ou suponhamos que se desse o caso – uma possibilidade real – de que algumas crenças religiosas fossem particularmente eficazes na produção de cidadãos cumpridores da lei, produtivos e saudáveis. O mormonismo é um exemplo plausível. Não faria sentido, em bases puramente seculares – na verdade, exclusivamente em bases de maximização da riqueza –, que o governo subvencionasse essas crenças? Os seguidores de outras crenças religiosas iriam sentir-se profundamente ofendidos, mas, do ponto de vista da maximização da riqueza, a única questão consistiria em saber se o custo, para eles, seria maior do que os benefícios para o país como um todo.

Consideremos agora uma crença que, além de ter poucos adeptos nos Estados Unidos, é temida ou desprezada pelo resto da população. (A crença rastafári é um exemplo plausível²⁵.) Por suposição, essa crença vai impor custos ao resto da comunidade e, dada a escassez de seus membros, os benefícios por ela conferidos podem, mesmo quando incorporados a todos os seus adeptos, ser inferiores aos custos. Poder-se-ia então argumentar que a maximização da riqueza justificaria, ou mesmo exigiria, a supressão da crença. Esse exemplo sugere outra objeção à maximização da riqueza, objeção aludida na discussão sobre a escravidão: seus resultados são sensíveis a pressupostos sobre a distribuição inicial de direitos – distribuição que é distinta da distribuição inicial de riqueza (que não tende a permanecer estável com o passar do tempo), mas sobre a qual a maximização da riqueza pode, uma vez mais, ter relativamente pouco a dizer. Se se imagina que os rastafáris tenham um direito de propriedade sobre sua religião, de modo que o Estado ou uma pessoa que queira adquirir esse direito e suprimir a religião deva pagar seu pre-

25. Ver *Reed vs. Faulkner*, 842 *Federal Reporter* 2^a ed. 960 (7^o Cir. 1988); Nota, "Soul Rebels: The Rastafarians and the Free Exercise Clause", 72 *Georgetown Law Journal* 1605 (1984).

ço de venda, o mais provável é que o direito não seja vendido. Os preços de venda podem ser muito altos – em princípio, infinitos: por quanto uma pessoa comum venderia sua vida, caso a venda tivesse de ser efetuada imediatamente?²⁶ Porém, se os direitos sobre práticas religiosas forem conferidos à parte da população que não é rastafári, os rastafáris podem considerar impossível recomprar o direito; seu preço ofertado será limitado a sua riqueza líquida, que pode ser insignificante.

Sem dúvida, neste país, neste momento e nesta época, a liberdade religiosa é a política pública de custo justificado. A questão mais ampla é que um sistema de direitos – talvez o sistema que temos – pode muito bem ser exigido por uma concepção *realista* de utilitarismo, isto é, que entenda que, dadas as realidades da natureza humana, uma sociedade dedicada ao utilitarismo precisa de regras e instituições que fiscalizem o comportamento de maximização da utilidade em casos particulares. Por exemplo, embora possamos imaginar casos específicos em que a punição deliberada de um inocente tido como criminoso aumentaria a utilidade agregada, achamos difícil imaginar um sistema no qual as autoridades governamentais seriam confiáveis para tomar tais decisões²⁷. A expressão “maximização da riqueza” pode ser substituída por “utilitarista” sem prejuízo da análise. A liberdade religiosa pode perfeitamente ser tanto maximizadora da utilidade quanto da riqueza, e inclusive talvez seja esse o motivo pelo qual a temos. E, caso se tornasse *demasiado* onerosa, o mais provável é que fosse abandonada; e o mesmo se pode dizer da proibição da tortura e de outras amenidades políticas civilizadas de uma sociedade rica. Se nosso índice de criminalidade fosse muito inferior ao que é, provavelmente a pena de morte não existiria – e, se esse índice aumentar muito, é líquido e certo que teremos menos liberdades civis.

26. Sem dúvida, “vendemos” anos de expectativa de vida quando levamos uma vida pouco saudável, praticamos esportes perigosos, dirigimos de maneira imprudente etc.

27. Ver Russell Hardin, “The Utilitarian Logic of Liberalism”, 97 *Ethics* 47, 62-67 (1986); Hardin, *Morality within the Limits of Reason* 101-105 (1988); John Rawls, “Two Concepts of Rules”, 64 *Philosophical Review* 3, 10-11 (1955).

Contudo, pelo menos nas condições atuais de nossa sociedade, de relativo conforto, a consideração para com a liberdade individual parece transcender as considerações de natureza instrumental; a liberdade parece ser valorizada em si mesma, e não por sua contribuição à prosperidade – ou, pelo menos, parece ser valorizada por razões que escapam ao cálculo econômico. A sociedade fica realmente mais próspera, num sentido utilitarista ou de maximização de riqueza, em resultado das salvaguardas procedimentais extraordinariamente meticulosas que a Declaração de Direitos e Garantias (*Bill of Rights*) oferece aos réus criminais? Não há certeza alguma quanto a isso. Os direitos das minorias serão capazes de maximizar o bem-estar – quando o que está em questão é uma pequena minoria? Isso também não fica claro, como mostrou o exemplo dos rastafáris há pouco citado. As principais razões pelas quais essas instituições são valorizadas não parecem ser de natureza utilitarista, nem mesmo instrumental. De *que* razões se trata é algo que está longe de ficar claro; de fato, “razão não-instrumental” é quase um oxímoro. E, como sugeri, certamente não estamos dispostos a pagar um preço infinito, talvez nem mesmo um alto preço, pela liberdade. Enquanto condenamos a escravidão, fechamos os olhos a práticas semelhantes (porém mais eficientes) com nomes diferentes – o encarceramento como punição pelo crime, a prisão preventiva, a autoridade dos pais e das autoridades escolares sobre as crianças, o alistamento militar, a institucionalização dos loucos e dos deficientes mentais. A Décima Terceira Emenda tem sido interpretada restritivamente. Ainda que a única exceção afirmada seja a da punição por crimes (“nem a escravidão, nem a servidão involuntária, a não ser como punição por crime pelo qual a parte terá sido devidamente condenada, existirão nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição”), as leis que determinam a atuação em júris, o serviço militar e até mesmo o trabalho em estradas públicas foram mantidas²⁸. Reprovamos a im-

28. Ver *Hurtado vs. United States*, 410 *United States Reports* 578, 589 n.º 11 (1973); *Selective Draft Law Cases*, 245 *United States Reports* 366, 390 (1918); *Butler vs. Perry*, 240 *United States Reports* 328 (1916); cf. *Robertson vs. Baldwin*, 165 *United States Reports* 275, 288 (1897). Nenhuma *expressio unius est exclusio alterius* aqui!

posição de sofrimento físico enquanto método de extrair confissões ou impor punições mas, talvez num tributo inconsciente ao dualismo obsoleto de mente e corpo, toleramos a imposição de sofrimento mental para os mesmos fins.

Além disso, por mais hipócrita ou incoerente que nossa ética política possa frequentemente ser, não permitimos as invasões degradantes da autonomia individual meramente por considerar que, em termos gerais, a invasão configuraria um acréscimo líquido à riqueza social. E, quaisquer que sejam as bases filosóficas desse sentimento²⁹, ele está por demais arraigado em nossa sociedade atual para que se dêem rédeas soltas à maximização da riqueza. O mesmo se pode dizer sobre os resíduos do sentimento de justiça corretiva.

Nada afirmei sobre o conflito entre maximização da riqueza e igualdade de riqueza, porque estou menos seguro da amplitude dos sentimentos igualitários em nossa sociedade do que da amplitude dos sentimentos individualistas (por "individualismo", refiro-me simplesmente aos rivais das filosofias agregativas, como o utilitarismo e a maximização da riqueza). Conflito há, contudo, e aponta para outra crítica importante da maximização da riqueza, mesmo que o crítico não seja igualitarista. Imagine o leitor que um suprimento limitado de hormônio do crescimento, de fabricação e venda privadas, deva ser alocado. Um genitor rico deseja o hormônio para que seu filho de estatura mediana fique alto; um genitor pobre deseja o hormônio para que seu filho de estatura anã possa chegar a uma altura normal. Num sistema de maximização da riqueza, o genitor rico poderia oferecer mais que o genitor pobre e ficar com o hormônio. Mas isso não é certo. A quantidade de riqueza é apenas um dos fatores na disposição de pagar. O genitor pobre poderia oferecer toda a sua riqueza pelo hormônio, e essa riqueza, apesar de pouca, poderia exceder a quantidade de dinheiro que o genitor rico se dispunha a pagar, dados os usos alternativos que ele poderia dar a seu dinheiro. Além dis-

29. Talvez seja o sentido kantiano de que não devemos nos tratar uns aos outros como meros objetos (como argumentei no capítulo 5, o direito penal faz e deve fazer). Ver P. F. Strawson, "Freedom and Resentment", em Strawson, *Freedom and Resentment, and Other Essays* 1, 9 (1974).

so, os altruístas poderiam ajudar o genitor pobre a pagar mais do que poderia se ficasse limitado a seus escassos recursos. Na verdade, o pobre poderia ficar em situação melhor num sistema em que a distribuição do hormônio ficasse a cargo do mercado privado, mesmo que não houvesse altruísmo. Tal sistema criaria incentivos para produzir e vender o hormônio mais rapidamente, e talvez a um menor preço, do que se o governo detivesse o controle de sua distribuição; porque os custos de produção seriam provavelmente menores num sistema de produção privada, e não pública, e até mesmo um monopolista irá cobrar menos quando seus custos diminuïrem.

Todavia, o que parece impossível de manter convincentemente na atual atmosfera ética é o fato de que o genitor rico tem *direito* ao hormônio em virtude de estar disposto a pagar ao fornecedor mais do que pagaria o genitor pobre; em termos mais amplos, que os consumidores têm direito a comprar nos mercados livres. Essas proposições não podem ser inferidas da maximização da riqueza. Na verdade, parecem proposições sobre liberdade transacional, e não sobre distribuição apenas porque presumi que o hormônio do crescimento é produzido e distribuído exclusivamente pelo mercado livre. Uma possibilidade alternativa seria que o Estado detivesse o direito de propriedade do hormônio e o alocasse com base na necessidade, e não na disponibilidade para pagar. Argumentar contra essa alternativa (medicina socialista em menor escala) exigiria um apelo ou à idéia profundamente polêmica de um direito natural à propriedade privada ou a considerações puramente instrumentais, como a possibilidade de que, a longo prazo, os pobres ficarão em melhor situação se a produção do hormônio do crescimento ficar a cargo do livre-mercado – mas colocar a questão *deste* modo é o mesmo que presumir que os pobres têm algum tipo de direito social pelo fato de serem pobres, o que por sua vez equivale a admitir a relevância das considerações igualitárias, extrapolando assim os limites da maximização da riqueza.

Um argumento aparentemente mais forte em defesa da solução da iniciativa privada é o de que o inventor do hormônio deveria ter o direito de usá-lo como bem entendesse, o que inclui o direito de vendê-lo a quem puder pagar mais. Contudo, esse argumento só parece mais forte porque tendemos a

imaginar o que aconteceu nos seguintes termos: *depois* de o inventor ter criado seu invento, o governo decidiu despojá-lo da recompensa por seu trabalho. Em vez disso, se presumirmos que em 1989 o Congresso aprove uma lei determinando que, depois do ano 2000, o direito de patentear novos medicamentos estará condicionado à concordância, por parte do detentor da patente, em limitar o preço por ele cobrado, teremos dificuldades para fazer objeções à lei em bases éticas, não práticas. Seria apenas mais uma restrição aos mercados livres.

Vimos, no capítulo 11, por que motivo a busca de uma teoria de justiça dos direitos naturais não tem chance de ser bem-sucedida. Embora o defensor da maximização da riqueza possa argumentar que os frutos do trabalho devem pertencer a quem os produz, o argumento pode ser refutado nos termos sugeridos naquele capítulo – a produção é realmente um esforço social, e não individual –, aos quais podemos agora acrescentar que a riqueza muitas vezes se deve mais à sorte (e não à sorte da loteria genética, também) do que à habilidade ou ao esforço. Além disso, se o altruísmo é tão admirado assim, como de fato o é, tanto pelos conservadores quanto pelos liberais, por que a legislação não é configurada por seu espírito? Por que o governo deve proteger somente nossos instintos egoístas? A isso se pode responder que o espírito de altruísmo é a doação voluntária. A resposta, porém, é fraca. A principal razão pela qual temos o altruísmo em tão alto apreço é que *desejamos* alguma redistribuição – podemos admirar o altruísta por sacrificar a si mesmo, mas não o admiraríamos tanto se ele destruísse sua riqueza em vez de dá-la aos outros – e achamos que a redistribuição voluntária é menos onerosa do que a involuntária. Se a redistribuição é desejável, uma certa redistribuição involuntária pode ser justificável, dependendo dos custos, sem dúvida, mas não do princípio da coisa.

Há um problema ainda maior em basear a maximização da riqueza numa concepção de direitos naturais. A perspectiva econômica é totalmente (e fecundamente) behaviorista. O “homem econômico” não é, como se supõe vulgarmente, uma pessoa levada por incentivos exclusivamente pecuniários, mas sim uma pessoa cujo comportamento é totalmente determinado por incentivos; sua racionalidade não é diferente daquela de

uma pomba ou de um rato. Da perspectiva da maximização da riqueza, a tarefa econômica consiste em influenciar seus incentivos para maximizar sua produção. Como se pode pensar que uma pessoa assim concebida tenha um direito *moral* a uma distribuição particular dos bens do mundo – um direito, digamos, à parte proporcional a sua contribuição à riqueza do mundo – é algo que não fica claro. As marmotas têm direitos morais? Estamos misturando dois níveis de discurso.

Ao questionar os argumentos antiigualitários, não pretendemos endossar os igualitaristas. Examinamos de relance algumas de suas fraquezas no capítulo 11, e aqui está mais uma. O igualitarista inclina-se a dizer que as diferenças de inteligência, que freqüentemente se traduzem em diferenças de produtividade, são o resultado de uma loteria natural e, desse modo, não devem orientar a concessão de direitos. Contudo, se as diferenças de inteligência são realmente genéticas, como pressupõe o argumento, então a argumentação liberal e radical sobre a natureza exploradora da sociedade capitalista vê-se destruída. Uma base genética para as diferenças intelectuais e as conseqüentes diferenças de produtividade implica que a desigualdade na distribuição da renda e da riqueza é até certo ponto natural (o que não equivale a dizer que seja moralmente boa), e não um produto de instituições sociais e políticas injustas. Implica também que tal desigualdade tende a ser fortemente refratária às tentativas sociais e políticas de mudá-la.

O argumento mais forte a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático. Defesas clássicas do mercado, como aquela encontrada no capítulo 4 de *A liberdade*, de Mill, podem ser facilmente objeto de uma interpretação pragmática³⁰. Olhamos para o mundo que nos cerca e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais se permite que os mercados funcionem mais ou menos livremente não apenas são mais prósperas do que as que vivem em outras sociedades,

30. Outra boa defesa pragmática do liberalismo econômico pode ser encontrada em Arnold C. Harberger, “Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics: An Interpretive Essay”, em seu livro *Taxation and Welfare* 5 (1974). Ver também C. L. Ten, *Mill on Liberty* (1980); Norman P. Barry, *On Classical Liberalism and Libertarianism* (1987).

mas também têm mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas (como o comprova, por exemplo, o fato de tenderem menos a emigrar) – de modo que a maximização da riqueza pode ser o caminho mais direto para uma diversidade de objetivos morais. Essa tese é fortemente apoiada pela história recente da Inglaterra, da França e da Turquia, do Japão e do Sudeste Asiático, da Alemanha Oriental *versus* Alemanha Ocidental e da Coreia do Norte *versus* Coreia do Sul, da China e de Taiwan, do Chile, da União Soviética, da Polônia e da Hungria, de Cuba e da Argentina³¹.

Escrevendo no início da década de 1970, o filósofo político inglês Brian Barry pôs em dúvida a importância dos incentivos. “Meu palpite”, disse ele, “é que um bom número de pessoas com cargos profissionais e administrativos realmente os apreciam (e um bom número de outras que os apreciariam e teriam as aptidões necessárias para exercê-los estão aguardando sua vez de substituir os que não apresentarem essas condições) a ponto de permitirem que os salários por eles pagos fossem consideravelmente reduzidos (...). Eu gostaria de sugerir que os níveis salariais dos professores e assistentes sociais ingleses parecem oferecer remunerações líquidas que recrutam e mantêm apenas um número suficiente deles, e que isso fornece uma diretriz aos níveis salariais que poderiam ser mantidos,

31. Ver, por exemplo, Samuel Brittan, *The Role and Limits of Government: Essays in Political Economy*, cap. 10 (1983) (onde o autor discute a “doença britânica”); Alan Ryan, *Property and Political Theory*, cap. 7 (1984) (“Why There are So Few Socialists”); Nick Eberstadt, *The Poverty of Communism* (1988); John McMillan, John Whalley e Lijing Zhu, “The Impact of China’s Economic Reforms on Agricultural Productivity Growth”, *97 Journal of Political Economy* 781 (1989); Paul Widemann, “Comparing the Process of Socio-Economic Development in Market and Non-Market Economies: The EEC and CMEA”, *8 Cambridge Journal of Economics* 311 (1984); Janos Horvath, “Economic Reform in Hungary: Role of Plan and Market”, *4 Cato Journal* 511 (1984); Francis G. Castles, “Whatever Happened to the Communist Welfare State?” *19 Studies in Comparative Communism* 213 (1986); Jerry Z. Muller, “Capitalism: The Wave of the Future”, *86 Commentary*, dezembro de 1988, p. 21. Ao comparar a tendência recente para os mercados livres com a longa história das descrições do capitalismo como se ele já se encontrasse em sua fase “tardia” (e última), Muller faz um comentário mordaz: “Depois do capitalismo tardio, o que vem é mais capitalismo.” *Id.* p. 23.

em termos gerais, entre profissionais e administradores.”³² Barry rejeitava “o pressuposto de que uma oferta suficiente de pessoas com excelente formação só estará disponível se for atraída pela perspectiva de rendimentos mais altos”, acrescentando que “seria também temerário pressupor que haveria prejuízo econômico se um menor número buscasse a educação superior” (p. 160 e n. 3). Ele discutia em tom de aprovação a experiência sueca de redistribuição de renda e riqueza, mas considerava-a prejudicada pelo fato de que “a Suécia ainda tem uma economia privada” (p. 161). Barry preocupava-se com a “evasão de cérebros”, mas concluía que só era um problema grave quando dizia respeito a pilotos de aviação e médicos; e uma nação pode passar sem linhas aéreas e substituir seus clínicos gerais “por pessoas de menor (e menos negociável) qualificação” (p. 162). (Contudo, o próprio Barry logo viria a tornar-se mais um na evasão de cérebros, e ele não é nem médico nem piloto de aviação). Ele propôs “disseminar os empregos mais grosseiros mediante a exigência de que todos, antes de fazer um curso superior ou entrar para uma profissão, cumprissem algo como três anos de trabalho em qualquer lugar para onde os mandassem (o que também traria vantagens educacionais). Para complementar isso, poderia haver uma convocação para, digamos, um mês de prestação de serviços todo ano, como o fazem as forças armadas da Suíça e de Israel, mas que nesse caso se voltaria para ocupações pacíficas” (p. 164).

Pelo menos com a vantagem do distanciamento crítico de algumas décadas, podemos ver que Barry escreveu uma receita de desastre econômico. Talvez seja impossível assentar bases filosóficas sólidas num sistema regido pela maximização da riqueza, assim como talvez seja impossível assentar bases filosóficas sólidas num sistema regido pelas ciências naturais, mas esta seria uma razão medíocre para rejeitar a maximização da riqueza, assim como a existência de problemas intratáveis na fi-

32. *The Liberal Theory of Justice: A Critical Examination of the Principal Doctrines in “A Theory of Justice” by John Rawls* 159 (1973). As páginas com referências subsequentes a esse livro encontram-se no texto. O livro foi escrito enquanto Barry ensinava em Oxford. Mais tarde, ele mudou-se para os Estados Unidos, e agora voltou para a Inglaterra (de Margaret Thatcher).

lôsofia da ciência constituiria uma razão medíocre para abrir mão da ciência. Temos razões para crer que os mercados funcionam – que o capitalismo fornece os bens, se não prover o Bem –, e que seria um erro permitir que a filosofia nos desviasse das implicações, assim como seria um erro permitir que a filosofia alterasse nossas idéias sobre o infanticídio (ver capítulo 11).

Um pragmatismo sensato não ignora a teoria. Os crescentes indícios de que o capitalismo é mais eficiente do que o socialismo nos dão novas razões para acreditar na teoria econômica (não em todas as suas aplicações, sem dúvida). Por sua vez, a teoria nos dá uma maior confiança nos indícios. Teoria e indícios se sustentam mutuamente. Do ponto de vista da teoria econômica, a evasão de talentos não é a doença misteriosa que Barry imagina ser; é a reação racional às políticas niveladoras por parte daqueles cujas rendas vêm sendo niveladas por baixo.

Afirmo que a defesa que Mill faz dos mercados livres em *A liberdade* é mais convincente quando vista em termos pragmáticos. Essa sugestão chocará alguns leitores para os quais pragmatismo está associado a socialismo. Muitos pragmatistas importantes foram socialistas, como Dewey, Habermas e Wittgenstein. Holmes, porém, era pragmatista sem ser socialista; idem com Sidney Hook. Se existe correlação entre pragmatismo e socialismo, ela nos diz mais sobre modismos acadêmicos do que sobre a natureza do pragmatismo. Vou exemplificar com um artigo de Richard Rorty que supera Brian Barry em ingenuidade política e econômica, e com menos desculpas, uma vez que foi publicado em 1988, e não em 1973³³. Ao discutir o tratado socialista revolucionário de Roberto Unger, *Politics*, Rorty exprime a esperança de que algum país do Terceiro Mundo possa inspirar-se na obra de Unger e experimentar uma reestruturação radical da sociedade – por exemplo, ao decretar uma igualdade absoluta de renda. O fato de não se poder oferecer bons argumentos a favor de tal experiência não

33. Rorty, "Unger, Castoriadis, and the Romance of a National Future", 82 *Northwestern University Law Review* 335 (1988). Barry, contudo, parece ser incorrigível. Ver Brian Barry, "Does Democracy Cause Inflation? Political Ideas of Some Economists", em *The Politics of Inflation and Economic Stagnation: Theoretical Approaches and International Case Studies* 280, 317 (Leon N. Lindberg e Charles S. Maier, orgs., 1985).

deve ser visto como uma objeção significativa, diz Rorty; nossa incapacidade de oferecer bons argumentos parece refletir simplesmente a pobreza de nossa imaginação e, (nas palavras de William Blake), os "grilhões forjados pela mente" de nossa cultura.

Suponhamos que em algum lugar, algum dia, o governo recém-eleito de uma grande sociedade industrializada decretasse que todos teriam a mesma renda, a despeito de sua ocupação ou inaptidão. Simultaneamente, decretaria um grande aumento do imposto sobre a transmissão de heranças e bloquearia grandes transferências bancárias. Suponhamos que, depois da confusão inicial, a coisa funcionasse; isto é, que o país não entrasse em colapso, que as pessoas continuassem a orgulhar-se de seu trabalho (como varredores de ruas, pilotos, médicos, cortadores de cana, ministros de Estado etc.), e assim por diante. Suponhamos que, ao crescer, a geração seguinte desse país se conscientizasse de que, fosse qual fosse o motivo pelo qual valia a pena trabalhar, não fazia sentido trabalhar pela riqueza. Mas continuariam a trabalhar (entre outras coisas, pela glória nacional). Esse país se tornaria um exemplo irresistível para muitos outros, "capitalistas", "marxistas" e no meio-termo. Os eleitores desses países não perderiam tempo em perguntar quais "fatores" haviam tornado possível o sucesso da experiência. Os teóricos sociais não disporiam do tempo necessário para explicar como podia ter acontecido algo por eles desprezado como uma utopia, nem para encaixar esse novo tipo de sociedade nas categorias conhecidas. Toda atenção se voltaria para os detalhes concretos de como as coisas estavam funcionando nessa nação pioneira. Mais cedo ou mais tarde, o mundo estaria mudado³⁴.

34. Rorty, nota 33 acima, pp. 349-50. Rorty, porém, acredita que o capitalismo (em sua versão do Estado do Bem-Estar Social, e não *laissez-faire*) é melhor para os Estados Unidos, apesar de irrelevante para a maioria do resto do mundo. Ver *Consequences of Pragmatism (Essays 1972-1980)* 207, 210 (1982); *Contingency, Irony, and Solidarity* 53, 63 (1989); "Thugs and Theorists: A Reply to Bernstein", 15 *Political Theory* 564, 565-567 (1987); "On Ethnocentrism: A Reply to Clifford Geertz", 25 *Michigan Quarterly Review* 525 (1986). Essa crença granjeou-lhe uma feroz hostilidade por parte da extrema esquerda. Ver, por exemplo, Rebecca Comay, "Interrupting the Conversation: Notes on Rorty", em *Anti-Foundationalism and Practical Reasoning: Conversations between Hermeneutics and Analysis* 83 (Evan Simpson, org., 1987); Robert Burch, "Conloquium Interruptum: Stopping to Think", *id.* p. 99; Richard J. Bernstein, "One Step For-

Rorty se dá conta de que nenhum país ocidental embarcaria em tal experiência, mas espera que algum país do Terceiro Mundo possa estar desesperado o bastante para tentar fazê-lo algum dia³⁵.

O caráter pragmatista da análise de Rorty é inconfundível. Razão e argumento não são tudo; as grandes mudanças são mudanças gestálticas. A vida é uma experiência³⁶; a ciência funciona por tentativa e erro; as pessoas situam-se num contexto histórico, e sua situação deve mudar antes que elas mudem. Lembremo-nos de que John Dewey fundou a Escola-Laboratório na Universidade de Chicago, e com ela a educação progressista. Contudo, há algo importante faltando na análise de Rorty – o aprendizado a partir da experiência. A experiência que ele descreve – a eliminação ou a diminuição radical do uso de incentivos materiais para orientar a produção econômica – foi tentada muitas vezes, no Terceiro Mundo e em outros lugares, com conseqüências catastróficas para os sujeitos da experiência. Seria de esperar que, a esta altura, um pragmatista tivesse concluído que outras formas de experimentação social podem ser mais fecundas do que o igualitarismo radical. Rorty, porém, acredita na plasticidade infinita da natureza humana e das instituições sociais. Sua posição é compatível com a filosofia pragmática, mas não forçada por ela. Nem Barry nem Rorty, convém acrescentar, tentam avaliar suas propostas utópicas do ponto de vista da história ou da economia³⁷.

ward, *Two Steps Backward: Richard Rorty on Liberal Democracy and Philosophy*, 15 *Political Theory* 538 (1987). A crença de Rorty de que o capitalismo é melhor para nós parece incompatível com sua crença de que só se pode saber se se prefere um sistema social diferente depois de tê-lo experimentado.

35. "Se existe esperança, encontra-se no Terceiro Mundo." Rorty, nota 33 acima, p. 340. "Nenhuma mudança poderia contribuir mais para expor a contingência, a pobreza e a irrelevância de alguns dos significantes centrais das neuroses nacionais de ambas as superpotências do que o sucesso de alguns países do Terceiro Mundo na equiparação de renda." *Id.* p. 351.

36. Ver John Dewey, "The Need for a Recovery of Philosophy", em Dewey, *Creative Intelligence: Essays in the Pragmatic Attitude*, 3, 7-8 (1917); *Abrams vs. United States*, 250 *United States Reports* 616, 630 (1919) (Holmes, J., voto vencido).

37. Rorty tem uma frágil percepção dos fatos. Isso se evidencia em seus devaneios políticos (escrevendo em 1987, ele denunciou como "um bando de

Ao insinuar que Barry e Rorty mudariam de idéia e concordariam com *minha* avaliação pragmática – a de que a maximização capitalista da riqueza oferece ao Terceiro Mundo (e ao Primeiro e ao Segundo) muito mais do que o socialismo – se tivessem um maior conhecimento de economia e história moderna, pareço estar flertando com o realismo moral à maneira de Platão. Na verdade, estou dizendo que o que parece ser uma divergência ética é uma divergência sobre fatos; que com o conhecimento virá a convergência ética. Minha proposição, porém, não é que todas as questões de valor são redutíveis a questões de fato, mas que a distinção de fato-valor se altera à medida que o conhecimento aumenta. Em nossa sociedade há um consenso substancial a propósito dos fins (inclusive dos fins para outras sociedades). A divergência se dá com os meios, e vai diminuir quando mais pessoas aprenderem mais sobre o modo de funcionamento do sistema econômico.

Além do mais, minha avaliação pragmática é moderada. Todas as sociedades modernas partem dos preceitos de maximização da riqueza. A pergunta não respondida é como as condições nessas sociedades mudariam se o setor público pudesse, de alguma forma, ser totalmente reduzido às dimensões modestas do Estado guarda-noturno que os preceitos da maximização da riqueza parecem implicar. Esta é uma questão contra-factual difícil (parece que nenhuma liderança de uma sociedade tem tanto a vontade quando o poder de fazer o papel de cobaia numa experiência plena de maximização da riqueza), ainda que intocada pelos devaneios econômicos de Barry ou pelo experimentalismo romântico de Rorty. Enquanto não a respondem,

gângsteres", "os milionários sinistros (não denominados) que manipulam Reagan", e previu a "absorção gradual do Terceiro Mundo pelo Segundo", porque "o tempo parece estar do lado soviético", "Thugs and Theorists", nota 34 acima, pp. 566-7), e talvez esteja ligado a sua indiferença para com a ciência, tanto natural quanto social, e a conseqüente indiferença para com a investigação empírica, o estudo sistemático do fato social e o aprendizado com base em experiências passadas. Neste sentido, ele é muito diferente de seu ídolo, Dewey. Para apreciações críticas da concepção de ciência de Rorty e, em particular, de sua in-conseqüente rejeição das diferenças entre o raciocínio científico e o tecnológico, conforme reveladas no debate entre Galileu e o cardeal Bellarmino sobre as luas de Júpiter, ver Richard W. Miller, *Fact and Method: Explanation, Confirmation, and Reality in the Natural and the Social Sciences* 488-493 (1987).

devemos ser cautelosos ao abrir caminho para a maximização da riqueza; o incrementalismo deve ser o nosso lema.

O fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração de sua conveniência.

Mesmo que minhas observações sobre o desempenho econômico comparativo no Terceiro Mundo e em outras partes estejam corretas, será que questões desse tipo justificam sua presença num livro sobre filosofia do direito? A resposta é afirmativa. O objeto de análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-la das questões factuais e empíricas. A filosofia do direito precisa enormemente dessa mudança de direção. A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática.

O *common law* revisitado

A defesa do uso da maximização da riqueza como princípio condutor da decisão judicial no *common law* é particularmente forte. O juiz do *common law* atua numa estrutura estabelecida pela Constituição que, em decorrência de um certo número de emendas, não só exclui as aplicações eticamente mais questionáveis da maximização da riqueza como também elimina, em grande parte, os problemas de incompletude e indeterminabilidade que resultam da relação incerta entre maximização da riqueza e distribuição inicial de direitos. Para o juiz do *common law*, essa distribuição inicial é, de certa forma, um dado. Uma questão afim é que esse juiz atua num domínio em que as considerações distributivas ou igualitárias só podem desempenhar, na melhor das hipóteses, um pequeno papel. O juiz cuja tarefa consiste em aplicar as provisões legais relativas à responsabilidade civil extracontratual, o direito contratual e de propriedade, carece de instrumentos eficientes para proce-

der a uma justa distribuição de riqueza, mesmo quando ele imagina saber como deve ser essa distribuição. Nessa tentativa, ele seria ainda mais prejudicado pela ausência, em nossa sociedade, de consenso sobre a natureza de uma distribuição justa – ausência que compromete seriamente a aceitabilidade social das tentativas de usar o órgão judicial para concretizar objetivos distributivos. Uma divisão sensata de trabalho atribui ao juiz a função de criar regras e decidir casos, nas esferas regidas pelo *common law*, de um modo que aumente o tamanho do bolo social, e que atribua à legislatura o papel de cuidar do tamanho das fatias.

O argumento é mais forte nas áreas do *common law* em que se admite que as políticas públicas relevantes são de natureza econômica. Suponhamos que a idéia de uma garantia tácita de habitabilidade – que dá a um locatário o direito de processar seu locador se as instalações não atenderem aos padrões de segurança e conforto especificados no código de edificações local – seja defendida, como costuma ser, com base no fato de que é preciso proteger os locatários contra a enganação e a fraude* por parte dos locadores, e não leve a uma redução da quantidade de moradias disponíveis aos pobres, nem a aluguéis mais altos do que estes queiram e possam pagar. Se a pesquisa demonstrar que esses pressupostos são incorretos, o proponente, quando imparcial, terá de retirar a proposta. Nesse exemplo, em princípio (pois a pesquisa necessária é de difícil realização), as questões jurídicas podem ser decididas pela conversão de uma questão jurídica numa questão social e científica num contexto de objetivos comuns, e, portanto, o projeto benthamista válido de situar o direito em bases mais científicas pode ser promovido sem prejuízo dos valores concorrentes.

Caso se pudesse mostrar, ou se admitisse, que a tomada de decisões no *common law* não é, de fato, um campo apropriado às tentativas de redistribuição da riqueza, talvez se pudesse fundamentar a maximização da riqueza (do modo como é usada para orientar tal tomada de decisões) num princípio econô-

* No original, "overreading", termo que se refere a qualquer ato ou estratégia para obter vantagens comerciais indevidas às custas de um terceiro, especialmente por meios fraudulentos. (N. da R.T.)

mico-normativo mais poderoso, o princípio de Pareto. Uma transação é Pareto-superior quando deixa pelo menos uma pessoa em melhor situação, e nenhuma em má situação. Um contrato simples assemelha-se a uma transação Pareto-superior. Nenhuma das partes assinaria o contrato se não acreditasse que este a deixaria em melhor situação. Portanto, pressupondo-se que as informações sejam adequadas (o que não significa assumir nenhum pressuposto de onisciência) e que não haja efeitos adversos por parte de terceiros, o contrato será Pareto-superior. Pelo menos assim será em base *ex ante*, pois com o passar do tempo uma das partes (talvez ambas) pode ser prejudicada pelo contrato. Essa possibilidade é inevitável se houver incerteza, e a incerteza é inevitável.

O apelo ético do princípio de Pareto é semelhante ao da unanimidade. Se toda pessoa afetada por uma transação ficar em melhores condições, como pode tal transação ser ruim do ponto de vista ético ou social? Há respostas para essa pergunta³⁸, mas uma transação Pareto-superior evoca fortemente o respeito ético, pois se fundamenta em instituições que são fundamentais tanto para o utilitarismo quanto para o individualismo kantiano – respectivamente, o respeito pelas preferências e pelas pessoas. Talvez pareça paradoxal inferir uma norma de maximização da riqueza do princípio de superioridade de Pareto, quando a característica desta última é a indenização de todos os perdedores potenciais (não nos esqueçamos de que ninguém pode ser prejudicado pela transação se ela for Pareto-superior), enquanto a maximização da riqueza exige apenas que os lucros do vencedor excedam os prejuízos do perdedor. Contudo, caso se permita que o ressarcimento seja *ex ante*, como no exemplo do contrato, então o paradoxo deixa de existir.

A diferença entre as perspectivas *ex ante* e *ex post* é fundamental, e a incapacidade de observá-la está na base de boa parte das confusões sobre o mercado e a competência transacional. Uma vez que muitas escolhas são inevitavelmente fei-

38. Como se argumenta, por exemplo, no artigo de Robin West, "Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner", 99 *Harvard Law Review* 384 (1985), ao qual respondi em *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, cap. 4 (1988). Examino a autenticidade das preferências no capítulo 13.

tas sob condições de incerteza, um número razoável delas *deve* produzir maus resultados. *Ex post*, elas são vistas como um erro e levam ao arrependimento, mas *ex ante* podem ter sido perfeitamente sensatas. Suponhamos que eu tenha uma possibilidade de escolha entre dois empregos. Um me pagaria, com certeza, \$50.000 por ano, e o outro ou \$500.000 por ano (com 90 por cento de probabilidade), ou nada (com 10 por cento de probabilidade). A renda esperada no primeiro emprego é de \$50.000, e no segundo de \$450.000. (Observe-se o uso da probabilidade bayesiana, mencionada no capítulo 6.) O segundo, porém, implica a incerteza. Se sou uma pessoa avessa ao risco – e vamos admitir que sou –, atribuirei menos valor a uma expectativa incerta do que a seu equivalente atuarial. Portanto, para mim o segundo emprego realmente não terá o valor de \$450.000, e suponhamos que tal valor seja de apenas um terço – \$150.000. Ainda assim, é mais que \$50.000, e então ficarei com o segundo emprego. Porém, como não tenho sorte, os 10 por cento se materializam, e minha renda é zero. Seria pouco (ou muito) humano de minha parte não lamentar minha escolha, maldizer meu destino, censurar-me por ter feito uma escolha tão estúpida. Na verdade, porém, fiz a escolha certa – e a faria de novo, dada a mesma incerteza de antes.

Examinemos agora o caso em que a negligência é um princípio mais eficiente, no sentido da maximização da riqueza, do que o da responsabilidade objetiva, porque, somados todos os custos e benefícios, o regime de negligência produz o maior excesso de benefícios sobre custos. Se assim for, a soma de responsabilidade e prêmios de seguros por acidentes será menor no regime de negligência, e todos os motoristas ficarão em melhor situação *ex ante*, ainda que *ex post*, sem dúvida, alguns possam ser mais bem-sucedidos num regime de responsabilidade objetiva. Na verdade, mesmo *ex ante* nem todos ficarão em melhor situação. Algumas pessoas mais propensas a ser prejudicadas do que a causar prejuízos ficarão em pior situação, uma vez que a negligência favorece os causadores de danos relativamente à responsabilidade objetiva, e algumas, mais propensas a causar prejuízos do que a ser prejudicadas, ficarão em melhor situação. Os "perdedores" perderão pouco, porém – uma questão de prêmios de seguros ligeiramente

mais altos. E tanto os "ganhadores" quanto a vasta maioria dos motoristas que não apresentam uma tendência desproporcional a causar prejuízos, mais do que a ser prejudicados, ou vice-versa, ficarão em melhor situação. A unanimidade absoluta será inalcançável, mas a possibilidade de unanimidade aproximada poderá ser aventada, e os poucos perdedores dificilmente serão aviltados, terão sua autonomia arruinada ou seus direitos destruídos por precisarem pagar alguns dólares a mais, por mês, em prêmios de seguros para automóveis.

Estou pintando um quadro exageradamente cor-de-rosa da situação. Algumas pessoas não terão conhecimento, inteligência e predição para fazerem um seguro (estou deixando de lado os que correm riscos deliberadamente); algumas talvez não possam pagar pelo seguro apropriado; e os seguros que indenizam tão generosamente quanto a indenização no *common law* podem não existir no mercado. Quando uma pessoa é vítima de um acidente grave em que o causador do dano não é culpado, isso pode significar um desastre financeiro não atribuível às escolhas ou aos méritos da vítima – um desastre que a responsabilidade objetiva poderia ter evitado. Sem dúvida, uma alternativa é o seguro social – a famosa rede de segurança. Se os casos de danos causados por acidentes catastróficos, não segurados e não negligentes forem raros, o seguro social pode ser uma solução melhor do que um sistema de responsabilidade objetiva, que exigiria reparação por meio do sistema de responsabilidade civil extracontratual em todos os casos de acidentes.

O essencial é que a disponibilidade de seguro, privado ou social, é necessária para sustentar a maximização da riqueza com o peso ético do princípio de Pareto. Contudo, uma vez que tal sustentação se dê, a maximização da riqueza oferece um guia eticamente apropriado à tomada de decisões do *common law* – na verdade, um guia superior a qualquer outro que até aqui se tenha sugerido. É a adequação dos mercados de seguros públicos e privados, da qual depende esta conclusão, é uma questão empírica a ser estudada.

Sem dúvida, a maioria dos juízes (e advogados) acha que a luz que orienta a tomada de decisões do *common law* deve ser ou um senso intuitivo de justiça ou razoabilidade, ou um utili-

tarismo casual³⁹. Essas coisas, porém, podem ser idênticas⁴⁰ e, se pressionado, um juiz desses provavelmente teria de admitir que o que chama de utilitarismo é o que chamo de maximização da riqueza. Imagine o leitor se se deve permitir que um ladrão se defenda no tribunal com base na afirmação de que o objeto roubado provocou maior prazer a ele do que sofrimento a seu proprietário. A resposta seria obviamente não, mas seria dada com mais segurança pelo adepto da maximização da riqueza do que pelo utilitarista puro. O primeiro pode dizer que o ladrão está ignorando o sistema de troca de mercado, e que o prazer que ele extrai do objeto roubado não tem apelo social porque seu desejo do objeto não é secundado pela disposição de pagar. O que temos aqui são duas questões distintas. O ladrão poderia estar disposto a pagar se fosse esta sua única opção – isto é, poderia atribuir mais valor ao bem do que a seu proprietário –, mas preferiria o roubo por ser esta, para ele, a maneira mais barata de adquirir o bem. Portanto, o roubo poderia ser um maximizador da utilidade, ainda que isso seja improvável porque uma *prática* de roubo resultaria em gastos enormes com a proteção da propriedade, funcionando também como um redutor da utilidade.

Uma vez que a utilidade é mais difícil de avaliar do que a riqueza, um sistema de maximização da riqueza pode parecer

39. Ver, por exemplo, James Barr Ames, "Law and Morals", 22 *Harvard Law Review* 97 (1908); Henry T. Terry, "Negligence", 29 *Harvard Law Review* 40 (1915); Lon L. Fuller, "Consideration and Form", 41 *Columbia Law Review* 799 (1941); Benjamin Kaplan, "Encounters with O. W. Holmes, Jr.", 96 *Harvard Law Review* 1828, 1849 (1983). "O direito é utilitarista. Existe para a concretização das necessidades racionais da comunidade. Se o interesse de um indivíduo vai de encontro a este objetivo fundamental do direito, há que sacrificá-lo." Ames, acima, p. 110. Retomar a tendência utilitarista da análise do juiz Shaw, presidente da Suprema Corte, no caso *Farwell* (capítulo 8), e ver a próxima nota.

40. O caso *Farwell* é, de novo, um bom exemplo; a análise de Shaw da doutrina do companheiro de trabalho em termos de justiça, de política e da conveniência do público corresponde, em forma e relações, a uma análise da regra em termos de maximização da riqueza. Considerar, também, uma típica análise utilitarista do direito penal em R. B. Brandt, "The Insanity Defense and the Theory of Motivation", 7 *Law and Philosophy* 123 (1988) – a não ser por seu vocabulário bem mais filosófico do que econômico, assemelha-se muito a uma análise em termos de maximização da riqueza.

um substituto de um sistema utilitarista, mas é mais do que isso; seu espírito é diferente. A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e anti-social, como demonstrou o último exemplo. E uma ética de produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que o seria a ética utilitarista pura. Infelizmente, a maximização da riqueza não é uma ética pura de produtividade e cooperação, não só porque até mesmo as tentativas juridicamente legítimas de maximização da riqueza frequentemente deixam outras pessoas em pior situação, porém, mais fundamentalmente, porque a sorte desempenha um importante papel nos lucros das atividades de mercado. O que é pior, é sempre possível argumentar que a distribuição da produtividade entre uma população constitui, ela própria, a sorte da loteria genética ou da criação, ou do lugar onde a pessoa veio a nascer, e que essas formas de sorte não têm qualquer importância ética. Existem contra-argumentos, por certo, mas não são decisivos. De novo, portanto, cabe afirmar que os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos.

13. *Perspectivas literárias, feministas e comunitárias sobre a filosofia do direito*

As sugestões implícitas no título deste capítulo, de que a literatura pode ser relevante para a filosofia do direito, que a filosofia do direito pode ter gêneros, e que pode haver uma ligação entre essas duas sugestões, talvez surpreenda muitos leitores. Contudo, a primeira e a terceira sugestões são claramente verdadeiras, e é provável que a segunda também o seja, muito embora eu tenha dúvidas a respeito. A exemplo das perspectivas sobre a filosofia do direito já consideradas, descobriremos que as perspectivas literárias e feministas, e outras abordagens comunitárias examinadas de passagem na última seção, não sustentam o projeto de fazer do direito um campo determinado e autônomo de pensamento e ação sociais. Na verdade, elas apontam para a direção contrária. Esta talvez seja uma das razões pelas quais são um tanto desconcertantes para os pensadores jurídicos convencionais.

Direito e literatura

O crescente *corpus* de textos acadêmicos sobre as relações entre direito e literatura¹ especifica várias áreas nas quais a literatura – não apenas os textos literários em si, mas também obras de teoria e crítica literária – pode ajudar a resolver os

1. Ver, na Introdução a meu livro *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988), uma breve relação.