

RACIONALIDADE ECONÔMICA NO DIREITO

João Henrique Eulálio Carvalho¹

Aprovado em dezembro de 2010

Resumo: O artigo analisa a relação entre Direito e Economia, sob perspectivas distintas: a análise econômica do direito que propõe para a ciência jurídica métodos exclusivamente econômicos, racionais, eficientes, consequencialistas; a análise jurídica da economia que considera fundamentos jurídicos regendo a Economia; e teorias principiológicas que contestam a racionalidade econômica e propõem a aplicação de princípios de justiça nas decisões jurídicas.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Análise Jurídica da Economia. Teoria da Escolha Racional. Teoria da Justiça.

1. Introdução

Neste ensaio, pretendo explicar algumas considerações acerca da íntima relação entre Direito e Economia e verificar se a teoria de Richard Posner, que defende a utilização de argumentos econômicos na tomada de uma decisão judicial, prejudica de alguma forma o ideal de justiça objetivado pelo Direito.

Cabe aqui, pois, o estudo da *análise econômica do direito*, bem como o de teorias complementares, como a *teoria da ação coletiva* e a *teoria da escolha racional*, e de teorias contrárias, como é o caso da *análise jurídica da economia* e a *teoria da justiça* de John Rawls. Torna-se interessante a observação dos princípios de cada uma, de forma a “pesá-las numa balança”, como sugestão do próprio Ronald Dworkin, e detectar a que prepondera e que deve ser levada adiante numa tomada de decisão por parte de um juiz.

2. Análise econômica do direito

A teoria da *análise econômica do direito* (A.E.D.) de Posner propõe uma interdisciplinariedade entre o Direito e a ciência econômica, refutando a idéia de completude e autonomia da ciência jurídica. Devido ao constante processo de

¹ João Henrique Carvalho Eulálio é estudante do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí.

mudança das sociedades, teorias como esta crêem na impossibilidade de se criar uma ciência do Direito exata, como são as ciências naturais, mas que devem ser complementadas por outras ciências sociais.

Para Posner, a maximização da riqueza social seria um objetivo digno, e melhor seria a sociedade com mais riqueza. Casos jurídicos controversos deveriam, pois, ser resolvidos com base nela, de modo que a distribuição de recursos em uma sociedade se desse de acordo com que os indivíduos que os valorizem mais adquirissem tais bens por preços menores do que estariam dispostos a pagar. Deste modo, indivíduos aumentariam o valor dos recursos que possuem e a maximização da riqueza social seria exatamente a soma dessas valorizações individuais, tão elevadas quanto possível.

É sabido que em casos controversos o aplicador do Direito exercita-se de um poder discricionário que confere uma margem de decisões dentre as cabíveis. A hermenêutica jurídica oferece técnicas de interpretação de uma norma, de modo a auxiliar o juiz na aplicação a um caso concreto. Desta forma, há várias decisões jurídicas possíveis, o que gera uma certa imprevisibilidade, visto que a hermenêutica não oferece um meio que diga a melhor técnica.

Na verdade, a *A.E.D.* tem por fim principal conferir uma certa racionalidade na aplicação do direito, de tal forma a fazer escolhas mais bem fundamentadas e provadas empiricamente, procurando identificar as possíveis consequências de cada decisão e tomar como melhor a mais benéfica para a sociedade. Isto é, haveria uma função social do processo: o juiz não está resolvendo um dado litígio para as duas partes que estão envolvidas em tal, mas sim está indicando para toda a sociedade como o Estado irá se pronunciar quando aquele mesmo problema ocorrer, o que traz uma certa segurança jurídica. Além disso, deve-se destacar que a decisão deve ser a melhor para todos, mesmo aqueles que não estão envolvidos no processo.

A noção de racionalidade que a Economia propõe para aplicação do Direito pode ser dada através do seguinte exemplo hipotético: imaginemos que haja uma lei que estabeleça para o crime seqüestro a pena máxima; o sequestrador, já consciente que corre risco de pegar aquela pena, pode não hesitar em também assassinar sua

vítima, porquanto não haverá aumento de pena com aquele ato. Os crimes de latrocínio aumentariam, pois, não se tornando interessante para a sociedade a hipotética lei. Desta forma, a análise econômica do direito mostra-se bastante preocupada com os efeitos reais de uma norma, que são deduzidos de forma lógica.

Outra preocupação bem evidente é a eficiência de uma norma, embora Posner tenha preferido a maximização da riqueza à ela, alguns dos precursores da A.E.D. como Guido Calabresi destacam sua importância. Isto é, com o mínimo gasto há de ter uma forma de realizar algo que trará o maior benefício possível, de maneira que tal realização não implicará no esgotamento de recursos financeiros, através do qual iria prejudicar outra área que também precisasse com urgência daquele investimento. Por exemplo, um cidadão entra com ordem de segurança para que o Estado lhe custeie um tratamento de saúde de mais de um milhão de reais, e o juiz nega alegando que com aquele dinheiro é possível se salvar muito mais que apenas uma vida. Aqui entra a discussão da noção de justiça: a justiça mais “eficiente” deve prevalecer?

Assim, a A.E.D. apresenta-se como teoria que pretende mudar a visão jurídica predominante até então, através de uma crítica à jurisprudência tradicional e ao formalismo, considerando normas como fatos sociais, levando ao entendimento de que direito está intimamente ligado à ciência econômica – por ser esta uma ciência social dotada de racionalidade – que auxiliará os aplicadores do direito de maneira a alcançar resultados mais “justos”, de um ponto de vista racional, consequencialista e eficiente.

2.1. Teorias Paralelas

2.1.1. Teoria da escolha racional

A *teoria da escolha racional* expressa uma das premissas básicas da A.E.D., que é a racionalidade econômica dos indivíduos que faz estes agirem sempre visando à maximização do seu bem-estar. A ordem social seria fruto das ações racionais dos

indivíduos, sempre realizadas por meios disponíveis que levassem aos fins almejados, com o maior custo-benefício.

Desta forma, um indivíduo racional sabe de suas vontades, de tal maneira que em uma gama variada de decisões, há de haver uma de sua maior preferência, que lhe dê uma maior satisfação pessoal. Por exemplo, dentro de duas hipóteses de alocação de recursos, um indivíduo racional optará pela alternativa que mais lhe for útil, por trazer maiores benefícios.

A A.E.D. relaciona-se com tal teoria na medida em que visa a uma tomada de decisões jurídicas racionais por parte do aplicador, racional, que tragam benefícios maiores para a sociedade, através de uma análise prévia das consequências jurídicas de uma decisão. É importante frisar que o juiz não decidirá em prol de uma satisfação pessoal dele, enquanto agente racional individual, ou em favor de uma das partes do litígio, mas estaria cumprindo o seu dever de decidir em favor de todo o bem-estar da sociedade, adotando um critério de racionalidade econômica social.

É interessante ainda notar que a racionalidade econômica proposta para tomar decisões jurídicas pode levar ao abandono da racionalidade jurídica propriamente dita, que deve ser prioritária por utilizar a razão para definir critérios de justiça e analisar princípios jurídicos, algo mais atrativo que a preocupação com as prováveis consequências da decisão.

2.1.2. Teoria da ação coletiva

A teoria da ação coletiva de Oslon trata de atuações grupais coordenadas que visam à consecução de um objetivo coletivo através da presença de interesses comuns nos membros – racionais – de um grupo.

O tamanho de um grupo é considerado por Oslon, quando afirma que grupos reduzidos têm mais eficiência em relação aos extensos. Isto porque naqueles o custo de manutenção é menor, e há uma maior facilidade na percepção de quais membros não participam como deveriam, de modo a induzi-los na participação. Nos extensos,

além do maior custo da ação, há dificuldade nesta percepção. Desta forma, a menos que haja coerção ou algum “incentivo seletivo”, indivíduos racionais não agirão para realizar o fim coletivo, porquanto egoístas por natureza, e minimizarão seus custos pessoais, pegando uma “carona” no resultado da ação dos outros, se bem-sucedida.

Para ele, a eficiência da ação coletiva é de extrema importância, visto que se os benefícios forem menores que o custo empreendido, a possibilidade de ação é quase nula; se forem maiores, a possibilidade é alta; se forem da mesma intensidade, a possibilidade é baixa. Desta forma, pretende dar uma certa previsibilidade no que diz respeito aos resultados concretos da ação.

Como na A.E.D., a teoria da ação coletiva utiliza-se da racionalidade e eficiência econômica, que guiam sempre a conduta humana, de modo a destacar a questão do custo-benefício tanto na perspectiva individualista daqueles que agem coletivamente em prol de interesses comuns, como na aplicação do Direito, para realização de fins “justos” do ponto de vista econômico, de modo a tornar o Direito eficiente e com enfoque consequencialista. Desta forma, através de métodos racionais, garante-se a previsibilidade de resultados positivos (ou não) de uma ação coletiva, bem como a segurança jurídica para o Direito.

3. Críticas à A.E.D.

3.1. Ronald Dworkin

Em seu ensaio “A riqueza é um valor?”, Dworkin fundamenta sua refutação à teoria de Posner, promovendo um debate se riqueza social é um valor, de fato, ou um instrumento para se alcançarem outras melhoras valiosas em si.

Segundo Dworkin, riqueza social perde o valor quando distanciada da utilidade, o que leva a entender que a riqueza não é critério definidor de uma melhor sociedade, por não ser um valor em si mesmo. Desta forma, critica a posição de Posner de tratá-la como componente do valor.

Mesmo após a mudança de estratégia de Posner, quando ele vê na riqueza um instrumento do valor, Dworkin continua a discordar, pois não crê que tal maximização aumente o número de pessoas que beneficiam outras, levando a um maior respeito a direitos individuais, virtudes agradáveis e instintos humanos (DWORKIN, 2000, p. 381).

Dworkin descarta, desta forma, a possibilidade de considerar-se como objetivo social a maximização da riqueza, não devendo ser tratada como critério nas decisões judiciais, já que nega a suposição desta como componente do valor ou mesmo como um instrumento que promove a utilidade ou outro valor.

Há ainda uma preocupação na diferenciação dos conceitos de *maximização da riqueza social* e *eficiência de Pareto*. Dworkin critica a posição de economistas que tratam estes como sinônimos, ao afirmar que a eficiência designa que não é possível a melhora da situação de um agente econômico sem degradar a de outro, o que não tem a ver com a promoção de riqueza social.

Conclui seu raciocínio com a constatação de que uma decisão não deve ser tomada como instrumento para chegar a um objetivo, enquanto meta de política, mas como decisão de princípio que aplique uma concepção plausível de equidade. Assim, a *A.E.D.*, para ele, não se revela um modo realístico do raciocínio jurídico em seu ramo descritivo, tampouco fornece parâmetros econômicos deontológicos, em seu ramo normativo, capazes de serem considerados no processo jurídico.

3.2. Críticas complementares

Hans Küng formula as diretrizes de uma ética global ao considerar que o ser humano não deve ser tratado como mercadoria, mas com dignidade. Questiona o imperialismo econômico ao submeter a complexidade da sociedade à racionalidade econômica, a fim de concluir que a economia que deve estar a serviço do homem. Desta forma, crê na primazia da ética em relação à economia e à política, em nome da dignidade humana, refutando que o princípio da racionalidade econômica assuma um valor absoluto que desvirtue os valores reais da ética (ALVAREZ, 2006, pp. 58-61).

Pedro Mercado Pacheco critica a A.E.D. por ela desprezar as demais ciências sociais na tomada de decisão jurídica, e converter a economia no único conhecimento relevante e justificação última de toda decisão. Desta forma, ela reformula a função do direito, passando este a mero instrumento de produção e reprodução da racionalidade material de tipo econômico (ALVAREZ, 2006, p. 61).

Há ainda críticas à eficiência proposta pela A.E.D., que, de caráter técnico, necessitaria de treinamento e informação adequados que podiam não ser conhecidos pelo juiz. A questão da moral ou justiça, para Albert Casamiglia, não faz sentido em um ponto de vista econômico eficiente, o que o faz desconsiderar o pensamento de Posner de que “a eficiência é um adequado conceito de justiça”. Assim, apesar de haver situações resolvidas de maneira eficiente, em que não haja prejuízo em critérios de justiça, a regra é que há uma relação inversa entre eficiência e equidade (ALVAREZ, 2006, pp. 62-64).

4. Teorias contrárias à A.E.D.

4.1. Análise Jurídica da Economia

A *análise jurídica da Economia* apresenta-se como tendência distinta da teoria de Posner, ao reconhecer que razões de justiça devem orientar o funcionamento da economia, e não o contrário (ALMEIDA, 2007, p. 55). Deste modo, o direito depende da economia porque cada cidadão pode desenvolver sua vida a partir de sua vontade autônoma, através da disposição de recursos que possibilitem o pleno exercício dos direitos e liberdades, e não, por seguir a uma lógica econômica.

A finalidade da economia seria, pois, assegurar tais bens (incluindo educação, trabalho e saúde) que possibilitariam a todos a realização de seus próprios destinos de acordo com as respectivas concepções de bem de cada. Desta maneira, o exercício efetivo dos direitos depende de recursos financeiros, já que, para a garantia daqueles, as instituições judiciárias precisam funcionar em plena harmonia, o que demanda investimentos na área.

4.2. Teoria da Justiça de John Rawls

John Rawls afirma em sua teoria que agentes racionais que até então agiam apenas em benefício próprio, concordariam com princípios de justiça num momento chamado de “posição original”, no qual todos estariam no véu da ignorância, por não saberem que posição da sociedade fosse ocupar. Para guiá-los no estabelecimento dos melhores princípios de justiça, deveriam adotar como critério o chamado “maximin”, isto é, dentre os piores resultados de uma escolha estratégica, escolher o melhor possível.

Rawls acredita ser essencial uma concepção igualitária de justiça, lançando, assim, seus dois princípios: no primeiro, afirma que todo cidadão deve ter liberdades e direitos básicos tão extensos quanto possível, de modo a não se infringir os dos outros; e no segundo, dirige-se à economia, de maneira que as desigualdades econômicas deveriam ser vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, trazendo o maior benefício possível para os menos favorecidos, e vinculadas a uma igualdade de oportunidades. Estabelece, ainda, uma medida de desigualdade, dada pelo acesso aos bens sociais primários, que incluem direitos, poderes, riqueza e auto-respeito.

Ele vê a justiça como a primeira virtude das instituições sociais, de modo a priorizar o primeiro princípio em relação ao segundo. Desta forma, vantagens econômicas não podem violar as liberdades básicas, ou direitos fundamentais do cidadão. Leis e instituições, sob esta ótica, precisam ser modificadas se injustas, da mesma forma que um juiz não tem o dever de estabelecer como objetivo único e primordial do Direito a maximização da riqueza social, mas deve levar em consideração aspectos de justiça.

A finalidade da economia seria uma busca constante pela igualdade dos cidadãos no que diz respeito aos bens primários, não sob uma ótica socialista utópica, mas de forma a se justificar a desigualdade econômica mesmo entre iguais; ou seja, a partir do momento que um cidadão adquirir tais bens básicos e suficientes para sua

vida, mesmo que em quantidades inferiores a outras pessoas, seria tratado como um igual.

Desta forma, a teoria de Rawls utiliza-se de uma racionalidade econômica, embora diferente do utilitarismo ou da A.E.D., para cujos agentes racionais o justo seria uma medida que maximizasse a utilidade social ou a riqueza social. O agente racional rawlsiniano agiria em prol dos outros (da sociedade) apenas quando os benefícios da cooperação entre as partes pudessem se reverter em benefício próprio, ou quando o interesse próprio abrangesse os interesses das outras partes. (ALMEIDA, 2007, p. 71)

Submete, pois, a eficiência à justiça, de modo que aquela só seria considerada no processo jurídico se fosse beneficiar os menos favorecidos, além de não haver prejuízos em questões morais e de justiça.

5. Considerações finais

A *análise econômica do direito* tem como pressuposto uma noção bem útil para o Direito, que é a interdisciplinariedade, devido a uma certa incompletude da ciência jurídica, que a torna dependente das demais ciências sociais. Ocorre que tal teoria desprezou todas as outras ciências da sociedade, levando em conta apenas a economia, além de alienar o intérprete ao uso exclusivo de critérios econômicos na aplicação do direito, o que faz este perder seu sentido originário de meio de consecução da justiça.

Primeiramente, ocupo-me na crítica ao pensamento de Posner, sendo adepto à conclusão de Dworkin. Afinal, uma decisão jurídica não deve ser instrumento para a promoção da riqueza social, enquanto meta de política, mas como uma decisão de princípio que aplique uma concepção de equidade. Entretanto, uma meta política poderia ser tratada como a expressão de um princípio, abrindo uma brecha para a meta “maximização da riqueza social” ser considerada um princípio.

Quem nos sugere tal visão é o próprio Dworkin, para quem princípios, de uma forma genérica, é todo o conjunto de padrões que não é regra (DWORKIN, 2007, p. 36). Desta forma, princípios e políticas estariam numa mesma categoria, por estas serem expressões daqueles. Se uma concepção plausível apoiada em princípios for elaborada levando-se em conta a maximização da riqueza em uma decisão judicial, há de haver uma ponderação dos valores dos princípios envolvidos no processo, e a “dimensão do peso” determinará o mais importante (DWORKIN, 2007, p. 42), como assim também defende Alexy: “(...) los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. (...) [es] la dimensión del peso.” (ALEXY, 1997, apud MÂNICA, 2008, p. 9). Não havendo nenhum outro princípio mais relevante, que trate de justiça propriamente dita, pode-se considerar a possibilidade da maximização da riqueza como princípio ser considerada, de maneira a fundamentar um dado processo jurídico.

Quanto à valoração da riqueza, rejeito tanto a hipótese imodesta, de que ela é o único aspecto que torna uma sociedade melhor, como a modesta, para qual ela é um valor dentre outros, pois a suposta intercambiação entre justiça e riqueza não deve existir, pois critérios econômicos devem ceder diante de questões morais. Entretanto, a respeito da visão instrumental da riqueza, creio que pode ser mesmo verdadeira a afirmação de que incrementos nela levam, às vezes, a melhorias de outros tipos, embora não seja verdade que em toda sociedade que adote tal maximização há um maior respeito aos direitos fundamentais e maior estímulo à criação de benefícios mútuos.

Proponho-me agora a analisar a questão da racionalidade, do consequencialismo, da função social do processo e da eficiência, aspecto este considerado por demais seguidores da A.E.D., embora Posner mais tenha se dedicado à proposta do Direito maximizar a riqueza social.

A racionalidade econômica parece querer impor a ordem jurídica com seus métodos próprios, talvez por considerar inexistente uma racionalidade jurídica. Tal pretensão é muito perigosa, e preferir a primeira racionalidade à segunda consistiria

na própria negação do direito. Este tem sua razão própria, apesar de outras ciências sociais (e não só a economia) o auxiliarem na busca dessa racionalidade, mas com métodos próprios da ciência jurídica.

A eficiência racionalista apela para um sentido diferente do tradicional de justiça. A justiça eficiente seria aquela que deixasse um indivíduo morrer, em prol de toda a coletividade, mesmo se houvesse possibilidade do Estado pagar o seu tratamento de saúde. Isso porque o Estado poderia salvar mais pessoas com os mesmos recursos que seriam destinados a fim de beneficiar apenas uma. Tal medida pode ser vista como um atentado à modernidade, no âmbito dos direitos individuais, já que se admitiria, por exemplo, que uma pessoa poderia ser torturada até dizer alguma informação de bastante interesse público, em prol da sociedade.

É interessante destacar que Calabresi, defensor da A.E.D., afirma que a eficiência necessita de uma complementação a partir de considerações distributivas, com base no fundamento apresentado por Pacheco de que a eficiência é valor social e componente da ideia de justiça, mas que deve ceder perante outros valores sociais prioritários, por não ser o mais importante: "(...) la eficiencia es un componente de la idea de la justicia pero no el único ni el más importante." (PACHECO, 1994, apud MÂNICA, 2008, p. 7). Sob este enfoque, tenta amenizar a crítica de que uma situação ótima do ponto de vista econômico pode ser bem desigual e injusta, no que diz respeito à distribuição dos recursos financeiros, apresentando a sugestão distributiva para acompanhar a eficiência.

Acredito que a função social consequencialista do processo não deve ser levada adiante, já que o juiz deve estar resolvendo o litígio não só para se posicionar perante toda a sociedade, mas, inclusive, para as partes envolvidas. Se uma decisão deve ser a mais benéfica para a sociedade, as partes envolvidas podem arcar com os custos deste benefício social. Desta forma, questões de princípios de justiça poderiam ser feridos em nome da "ética" consequencialista de tomar decisões baseadas nos efeitos benéficos para toda a sociedade.

Como Küng, acredito que deve ser a ética a razão primeira que deve impulsionar o Direito e seus aplicadores. Ela não pode ser substituída por razões econômicas nem políticas, em nome da dignidade da pessoa humana, princípio este consagrado logo em nosso artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e tido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A racionalidade econômica não pode se transformar em valor absoluto na decisão, o que desvirtuaria valores de ética e justiça, ao passo que a dignidade humana sofreria um duro golpe.

Em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, protetor de direitos e garantias individuais, parece-me mais atrativo aderir ao pensamento de John Rawls, quando dá prevalência às liberdades básicas e direitos fundamentais em relação a qualquer tipo de vantagens econômicas. Aliado a esta preferência aos direitos básicos, adoto como mais justa do ponto de vista deontológico, uma perspectiva moderna individualista, desconsiderada pela A.E.D., de valorizar a dignidade do indivíduo dentro da sociedade, não o tratando como “mercadoria”, mas como ser dotado de direitos individuais fundamentais, que devem ser respeitados e protegidos prioritariamente pelo Estado.

A interpretação do direito deve se dar de forma bem fundamentada numa decisão, para que sejam realizados “do modo mais intenso possível todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico” (JUSTEN FILHO, 1998, apud MÂNICA, 2008, p. 9), através de uma ponderação deles realizada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade. A função do intérprete é respeitar os parâmetros legais e os fatos, de forma a eleger a solução mais razoável para um caso concreto, dentro de circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas, e baseado na lei.

Assim, a racionalidade econômica como fator primordial na tomada de decisão deve ser descartada, para se adotar uma racionalidade jurídica. A ponderação dos princípios é o método mais justo, pois busca a menor injustiça possível, mesmo que, para isso, a sociedade perca em valores econômicos. O foco do Direito deve ser, pois, o valor do ser humano, de sua dignidade e da justiça em si mesma, e não um aspecto

econômico, que deve apenas servir como critério secundário de “desempate” que possivelmente auxilie o juiz de direito na decisão de um caso concreto.

Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. *Direito e Sociedade*, v. 9, n. 29. pp. 49-68, jul/dez. 2006.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de . *A análise jurídica da economia*. *Revista do Mestrado em Direito (Universidade Católica de Brasília)*, v. 01, pp. 49-101, 2007.

GICO JÚNIOR, Ivo. *Conferência sobre a análise econômica do Direito*, 2008. Vídeo-aula disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>> Acesso em: 04 abr. 2009.

CARVALHO, Cristiano de. *Princípios e Conseqüências: a teoria da escolha racional como critério de ponderação – Introdução ao problema*. Disponível em: <www.viadesignlabs.com/lawandconomics/Principios_e_Consequencias.pdf> Acesso em: 10 abr. 2009

MÂNICA, Fernando Borges. *Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988*. 2008. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/5-artigo_racionalidade_economica.pdf> Acesso em: 12 abr. 2009.

Ação coletiva. Disponível em: <<http://www.algossobre.com.br/sociofilosofia/acao-coletiva.html>> Acesso em: 12 abr. 2009.

