JOÃO CARLOS PIETROPAOLO

LIMITES DE CRITÉRIOS ECONÔMICOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO
HERMENÊUTICA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Filosofia do Direito
Orientadora: Professora Doutora Elza Antônia P. C. Boiteux.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

São Paulo
2010

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E A DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTES
TRABALHOS, POR QUALQUER MEIO, CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA
FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Catálogo na Publicação

Serviço de Documentação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pietropaolo, João Carlos.

Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito / João Carlos Pietropaolo; orientadora Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux. – São Paulo, 2009.

Número

Tese (Doutorado. Área de Concentração: Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Hermenêutica jurídica. 2. Análise econômica do direito (AED). 3. Conflito de sentido jurídico em estudos interdisciplinares direito/economia. 4. Limites de uso de métodos econométricos na aplicação do direito. 5. Possibilidades de uso de critérios econômicos na interpretação jurídica.

João Carlos Pietropaolo

LIMITES DE CRITÉRIOS ECONÔMICOS NA APLICAÇÃO DO
DIREITO: Hermenêutica e análise econômica do direito

LIMITS OF ECONOMIC CRITERIA IN THE APPLICATION OF LAW:
Hermeneutics and the economic analysis of law

LES LIMITES DE CRITERES ECONOMIQUES DANS L'APPLICATION
DU DROIT: Herméneutique et l'analyse économique du droit

Banca Examinadora

RESUMO

Esta tese volta-se para conflitos de sentido normativo que a análise econômica do direito (AED) traz para o ambiente jurídico ao aplicar métodos econômicos na interpretação jurídica, métodos estes que colocam como deve ser o direito. A AED associa-se ao método econômico como portador de verdade racional de índole científica, criando uma espécie de metalinguagem jurídica com pretensões explícitas de fixar juridicidade precisa. O direito nunca teve ambições tão extensas e totalizadoras. Ele se ajusta às necessidades históricas do conhecimento e vida do homem, e é, por isso, fracamente científico. A hipótese de trabalho é a de que a análise econômica pode ter usos viáveis no direito, se respeitar as condições fundamentais de entendimento jurídico. Sendo capaz de assumir que o direito, necessariamente, predica a correção do agir, tendo por referência o justo, as normatividades econômica e jurídica têm uma direção unívoca. Daí ser possível a interferência da economia no direito como padrão argumentativo empírico consequencialista, direcionado a resultados jurídicos que concretizem a distribuição do produto social, elemento de base da justiça socioeconômica nos estados liberais contemporâneos. O trabalho pretende, primeiramente, investigar as causas de incorreções, apontar para os equívocos e indicar as circunstâncias em que eles ocorrem, de modo a estabelecer, ao final, usos possíveis do método econômico no direito. A tese conclui que a AED adequada para o direito é a que consegue demonstrar, pela empiria, que uma decisão deve ser tomada porque tem efeitos distributivos concretos, patrocinando a justiça. Desenvolvimento do homem e não só crescimento econômico tem que ser a fórmula de integração interdisciplinar. Por se tratar de um problema de significado, optou-se pela perspectiva da hermenêutica jurídica como ponto de partida para o trabalho. A preocupação central da hermenêutica é o entendimento jurídico, não como método para tratar objetos jurídicos observados, mas como forma de revelar o sentido jurídico correto. Pela hermenêutica é que se mostram as dificuldades mais profundas da AED e as perspectivas mais promissoras de uso da economia no direito.

Unitermos

Hermenêutica – interpretação jurídica – argumentos jurídicos consequenciais – análise econômica do direito (AED) – método econômico e metalinguagem jurídica – efeitos distributivos do direito – desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This thesis is aimed at dealing with normative conflicts that the economic analysis of law (EAL or, law and economics) brings to the legal knowledge applying economic methods to legal reasoning. Such methods determine how the law should be. The EAL is associated to the economic method as a bearer of rational truth of scientific nature, creating a kind of legal metalanguage with a clear intent of precision when bringing law into existence. The Law has never had such extensive and totalitarian ambitions. It adjusts itself to the historical needs of man's knowledge and life and this is why it is weakly scientific. The hypothesis of this work is that the economic analysis can have viable uses in law, if it complies with the fundamental conditions of legal knowledge. Being capable of establishing that the law mandatorily preaches the correction of action, having justice as a main reference, both economic and legal standards must have a common direction. That is why the interference of economy in law is possible as a consequential empirical standard argument, aimed at legal results that materialize the distribution of the social product, a base element for socioeconomic justice in contemporary liberal States. The work initially intends to investigate the causes of errors, pointing out the mistakes and indicating the circumstances in which they occur, in order to establish, in the end, the possible uses of the economic method in the law. The thesis concludes that the adequate EAL for the law is one that is able to demonstrate, through empirical arguments, that a decision should be taken because it has concrete distributing effects, sponsoring justice. The development of men and not only economic growth should be the form of interdisciplinary integration. Since the thesis reflects a question of meaning we have decided to establish the legal hermeneutics perspective as a starting point for the work. The main concern of hermeneutics is legal understanding, not as a method to treat observed legal objects, but as a way to reveal the correct legal sense. Through hermeneutics we can find the most profound difficulties of EAL and, at the same time, the most promising perspectives of use of economics in law.

Uniterms

Hermeneutics – legal interpretation - consequential legal arguments – Law and Economics – methods in economics and legal metalanguage – distributive effects of Law – human development.

RÉSUMÉ

Cette thèse se réfère aux conflits normatifs que l'analyse économique du droit (AED) apporte à la culture juridique, lorsqu'elle applique des méthodes économiques au droit, méthodes qui établissent de quelle façon le droit devrait être. L'AED est associée à la méthode économique comme porteur de connaissance rationnelle scientifique, créant une sorte de metalangage juridique avec le but de fixer une légalité précise. Le droit n'a jamais eu de prétentions si vastes et totalisantes. Il s'adapte aux besoins historiques de la connaissance humaine et, par conséquent, il est faible comme science. L'hypothèse de ce travail est que l'analyse économique peut avoir des utilisations viables dans le droit dès qu'elle satisfasse aux exigences fondamentales de compréhension juridique. En étant capable d'assumer que le droit nécessairement parle sur l'action juste, les principes économique et juridique marchent dans une direction unique. Donc il est possible l'interférence de l'économie sur le droit comme une argumentation empirique conséquentialiste visant à des résultats juridiques que matérialisent la distribution du produit social, fondamental pour la justice sociale et économique dans les démocraties libérales contemporaines. Au début, la thèse se destine à enquêter sur les causes des inexactitudes, montrant les erreurs et indiquent les circonstances dans lesquelles ils se produisent pour établir les utilisations possibles de la méthode économique en droit. La thèse conclut que l'AED correcte est celle qui peut prouver, de façon empirique, qu'une décision doit être rendue parce qu'elle a certains effets de redistribution en sponsorisant la justice. Le développement de l'homme et non pas seulement la croissance économique doit être la formule d'intégration interdisciplinaire. L'interprétation a été prise comme départ pour le travail, parce que le sens juridique est la question plus évidente dans la thèse. La préoccupation centrale de l'herméneutique est la compréhension juridique, pas comme une méthode pour traiter les objets juridiques observés, mais comme un moyen de révéler le juste sens juridique. À travers l'herméneutique il est possible de montrer les difficultés les plus profondes de l'AED et les meilleures perspectives d'application de l'économie dans le droit.

Unitermes

Herméneutique - interprétation juridique – arguments juridiques conséquentialistes - analyse économique du droit (Aed) – méthode économique et metalangage en droit – effets distributifs du droit - le développement humain.

SUMÁRIO

LIMITES DE CRITÉRIOS ECONÔMICOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO HERMENÊUTICA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Introdução.....	4
Capítulo 1. Hermenêutica e sentido da norma jurídica.....	15
1.1. As indeterminações da hermenêutica jurídica.....	16
1.2. Os limites dos cânones da interpretação como método jurídico positivo.....	22
1.3. A ruptura positivista com o método científico hermenêutico.....	30
1.4. A justificação social do direito pela hermenêutica.....	35
Capítulo 2. A pauta hermenêutica jurídica, consequências e argumentação.....	41
2.1. Modelo para interpretação: elementos atribuídos ao direito pela dogmática hermenêutica.....	42
2.2. O apego ao texto legal.....	49
2.3. Interpretação literal, restritiva e extensiva: o problema das consequências da compreensão.....	53
2.4. Valores e consequências: fórmulas para internalizar valores ao direito.....	58
Capítulo 3. A formação da ciência econômica: fatos e valores na economia clássica	71
3.1. A visão do problema econômico pelo direito natural.....	71
3.2. Empirismo em Hume e as leis naturais econômicas.....	76
3.3. Autointeresse realizado: a moral do expectador solidário.....	82
3.4. A função ideológica da economia política no utilitarismo.....	86
3.5. Robinson Crusoe como metáfora da racionalidade econômica clássica.....	92
3.6. Classicismo econômico e modelos.....	95

Capítulo 4. Modelos e método na economia.....	99
4.1. As atribuições normativas ao sujeito para fechamento da racionalidade instrumental econômica	100
4.2. Modelos microeconômicos usados pelo direito.....	105
4.2.1. Escolha racional e utilidade.....	106
4.2.2. Oferta, demanda e equilíbrio.....	110
4.2.3. Análise marginal.....	112
4.3. Ainda normatividade nos modelos: eficiência e bem-estar.....	113
4.4. Modelos econômicos como linguagem jurídica.....	119
 Capítulo 5. Interpretação e análise econômica do direito.....	124
5.1. Análise econômica do direito vista pelas relações gerais entre direito e economia.....	125
5.2. As possibilidades da análise econômica do direito na tradição romanística.....	133
5.3. Custos de transação e a relevância do direito na conformação do ambiente econômico.....	138
5.3.1. A distinção entre planejamento econômico e ação econômica hierarquizada na firma.....	140
5.3.2. O teorema de Coase: custos de transação e solução de externalidades.....	142
5.4. Apropriações dos argumentos de Coase pelo direito.....	150
5.4.1. A tese neoinstitucionalista sobre o direito: os efeitos da regulação jurídica sobre os custos de transação.....	152
5.4.2. Do direito de propriedade a qualquer direito: a expansão da análise econômica do direito.....	155
5.4.3. A tradição da análise econômica do direito: propriedade e trocas.....	162
5.5. Argumentos jurídicos internamente inconsistentes baseados em aplicações irrestritas do método econômico.....	167

Capítulo 6. Sentido jurídico correto e análise econômica do direito.....	179
6.1. A justiça do mercado: o sentido da interferência estatal nas atividades econômicas livres.....	180
6.2. O conflito artificial entre propriedade e tributação.....	193
6.3. A justiça como limitação à análise econômica do direito.....	202
6.4. Consequências desejáveis da análise econômica do direito: o desenvolvimento.....	211
6.5. Uso admissível de critérios econômicos na hermenêutica jurídica.....	220
Considerações finais.....	234
Relação de Decisões Judiciais comentadas.....	239
Referências Bibliográficas.....	243

INTRODUÇÃO

O problema – Este trabalho investiga os conflitos entre normatividades econômica e jurídica que a análise econômica do direito ou *Law and Economics*, conforme sua designação em inglês, traz à tona, pela via da hermenêutica jurídica. Ao indicar as possíveis inconsistências de sentido, a tese pretende também explicitar usos corretos de critérios econômicos nas formulações hermenêuticas jurídicas, fixando limites para esse uso. O parâmetro essencial da investigação será o contraste entre normatividade econômica implícita na análise econômica do direito e valores presentes na concessão de sentido às normas jurídicas.

A pesquisa dirige-se aos conflitos normativos que a análise econômica, como meio dogmático hermenêutico, impõe ao direito, em sua concretização, no momento em que norma jurídica revela-se perante o caso real. Quando se importa para o direito o método econômico de racionalidade individual do agente autointeressado, como faz a análise econômica do direito, norma e caso podem entrar em conflito de significado jurídico, muitas vezes insolúvel, pois o horizonte econômico reivindica um sentido de como o direito deve ser, em qualquer circunstância. E se o problema a ser enfrentado é de significado, a perspectiva adotada é a hermenêutica jurídica, voltada para o desvendamento e a maneira de trazer direitos à existência.

Aplicar normas aos casos reais por meio da compreensão dos textos jurídicos corresponde ao uso da normatividade como critério de decisão. O uso será conforme parâmetros de conhecimento e percepção de realidade do intérprete, a incluir, entre outros, objeto e método econômicos, que, assim, compõem, ao menos de forma implícita, um dos meios disponíveis para decidir casos, porque o conhecimento econômico está no horizonte em que a concretização do direito ocorre, ao menos para muitos dos casos submetidos à apreciação da justiça institucionalizada. Em outras palavras, há de fato uma fusão de visões, econômica e jurídica, no universo das duas disciplinas, pela circunstância de serem ambas ciências sociais aplicadas e pelo fato de que a atividade econômica sofre influências do direito tanto quanto este sofre das atividades econômicas. Aí a aplicação da economia no direito será tanto melhor, quanto mais apurados forem os conhecimentos econômicos do intérprete. Mas isso não significa que a junção dos dois conhecimentos seja, por si mesma, adequada sempre e em qualquer circunstância.

A análise econômica do direito, no que toca à compreensão jurídica, reivindica esclarecer pontos obscuros da norma jurídica de maneira muito ampla e quase sempre absoluta. Ela quer mostrar que o método econômico pode ser, indiscriminadamente, portador de verdade jurídica racional. Mas tanto o projeto científico em geral quanto o próprio relacionamento da normatividade jurídica com fatos, inclusive econômicos, são aspectos extremamente complexos na filosofia do direito. O direito se redefine de maneira permanente, tendo por referência o sentido justo da norma, seu significado adequado ou correto. Por isso, a análise econômica do direito deve ser vista com alguma cautela. Determinar a normatividade pela economia cria outros tantos problemas hermenêuticos, como uma heurística imprecisa ou irrelevante, diante de outros valores presentes no ambiente jurídico.

O direito é tradicionalmente moldado pelo raciocínio deontológico, independente, à primeira visão, da avaliação de consequências externas à própria normatividade. O dever-ser jurídico recria suas próprias realidades. Essa razão preocupa-se com os valores-fim fixados normativamente, que adquirem sentido na redefinição permanente do direito pela interpretação. No direito, os resultados da normatividade esgotam-se em si mesmos. Já a economia, especialmente a neoclássica, influência mais marcante da análise econômica do direito, tem pretensões científicas mais extensas. O conhecimento econômico baseia-se em raciocínios sintéticos ou indutivos empíricos e analíticos ou dedutivos, transformados, via de regra, em modelos matemáticos, vinculados diretamente às consequências reais observadas do produto econômico, o parâmetro de base para avaliar a correção do agir. Por esse contraste de base, um e outro campo têm finalidades e métodos distintos, mas que a análise econômica procurou aproximar, criando, talvez inadvertidamente, problemas hermenêuticos, relativos aos valores não econômicos, mas também concessivos de sentido ao direito.

Com estas considerações já é possível afirmar que o trabalho tem uma orientação negativa bastante clara, pois afirmar as possibilidades de critérios econômicos na interpretação do direito leva, necessariamente, à exposição preliminar de seus limites ou à definição de suas impossibilidades. Por isso, expor situações em que a análise econômica não pode ser aplicada será tão relevante quanto estabelecer onde ela pode ser.

Importante, ademais, delimitar melhor a pesquisa, especificando do que aqui não se tratará. A economia, como objeto da regulação jurídica, está fora do foco do trabalho. Há uma distinção entre economia como objeto de regulação e método econômico

como concesso de sentido jurídico racional. O uso do conhecimento econômico para decidir juridicamente questões preponderantemente econômicas, corresponde ao uso da economia na semântica da situação normatizada; já o uso do método econômico como parâmetro de decisão para qualquer caso, inclusive dos que não tenham economicidade nenhuma do ponto de vista do significado jurídico, tem pretensões muito mais largas. Este último caso corresponderia à formação de uma sintaxe jurídica totalmente distinta dos critérios hermenêuticos convencionais do direito, formados pela tradição. O foco do trabalho volta-se para essa sintaxe nova sugerida pela análise econômica do direito e não para a economia como objeto de regulação jurídica.

Convém desde já notar que as relações entre as duas disciplinas invocam problemas sistêmicos. Sobre este aspecto particular, não se pretende adentrar em discussões mais profundas. Parte-se de uma ideia relativamente não problemática sobre interpretação jurídica que pode recorrer a vários campos cognitivos. De outra parte, há uma pretensão de pensar o direito em termos não estritamente deontológicos, mas consequencialísticos, para que a normatividade do direito tenha também uma função concreta na realidade social. Isso só será possível se as separações lógicas dos dois conhecimentos forem esvanecidas. Os limites da análise econômica do direito serão em função do mérito de seus argumentos.

Ainda sobre sistemas, é bom também lembrar que no decorrer da exposição, por normas jurídicas, entende-se tanto as leis gerais originárias de parlamentos, quanto decisões de casos concretos, as quais são encaradas no sentido do precedente aberto e em constante alteração. Por isso, o caso do direito estatal legislado contemporâneo e as decisões concretas a partir desse direito serão a referência primordial do trabalho, não se procurando distinguir muito rigidamente o caso do *civil law* e da *common law*. Neste aspecto, tampouco há uma preocupação sistêmica muito rígida.

Em resumo, é na interpretação que o direito se coloca como a regra privilegiada para decisão de conflitos sociais. Na compreensão do texto normativo, na transformação do caso concreto em linguagem e na conexão de ambos, tendo por referência a decisão adequada ou justa, é que se encontra algo mais próximo de uma ontologia jurídica aceitável hoje. Há no direito uma pretensão permanente, embora muitas vezes não verificada, de decisão jurídica correta, adequada ao caso, conforme parâmetros de justiça, valor final da decisão justificada.

Na análise econômica do direito, a interpretação pauta-se por critérios metodológicos econômicos, os quais, por sua vez, têm também valores-fonte, notadamente a eficiência, a realização do autointeresse e o incremento do bem-estar social. Assim, o problema de sentido jurídico, na análise econômica do direito, é uma questão preponderante de valores, a delimitar o pano de fundo dos argumentos apresentados. As questões hermenêuticas relevantes para o presente trabalho serão aquelas surgidas com o uso do método econômico na interpretação de qualquer caso juridicamente relevante, como sugere a análise econômica do direito, não mais quanto à matéria objeto da regulação jurídica, mas quanto à forma pela qual o direito, qualquer direito, é trazido à existência.

Justificativa – Justificar o estudo implica falar sobre a corrente de pesquisa problematizada, pela via hermenêutica. Algumas considerações devem ser feitas desde já sobre a análise econômica do direito (AED) ou *Law and Economics*, para evitar mal-entendidos.

Trata-se de uma linha de pesquisa interdisciplinar, cujas bases foram lançadas nos Estados Unidos da América na década de 1960. Até o início dos anos 80 do século passado, a escola floresceu, especificou seus principais problemas e sistematizou suas respostas. Após esse período, a pesquisa interrompe a expansão, mas, ao mesmo tempo, cristaliza-se como uma tradição jurídica, sobretudo no ambiente norte-americano, expandindo-se depois para países de tradição romanística. A pesquisa reivindica aplicação incontida do método calculativo microeconômico no direito, de forma a descrevê-lo racionalmente e daí discutir sua adequação. Linguagem e método econômicos passam então a um tipo de metalinguagem jurídica, pela qual todo direito pode ser apreendido racionalmente pelos métodos microeconômicos.

Considerada a relativa supremacia da linguagem formal da economia sobre a própria normatividade econômica, a AED costuma justificar seus pressupostos normativos a partir da verificação empírica de postulados econômicos, como se os pressupostos fossem naturais, por serem observados ou observáveis, de acordo com modelos.

Esta é uma primeira questão de difícil transposição para o direito, dado que fato econômico, visto genericamente como a ação humana observada na busca de produção e circulação de bens, não é só o que interessa para a juridicidade. O direito qualifica a ação tendo em mente outras causas eficientes e finais. Assim, o método analítico econômico de

apreensão de parte da realidade social pode, no direito, transformar-se em uma interferência sem nenhum poder heurístico ou significado. Isso é muito frequente em direito de família. Outras vezes, entretanto, a leitura do direito pela ótica econômica é instrumento que concede sentido a normas que de outra forma seriam vazias e sem aplicação viável. Tal é o que ocorre sempre em direito concorrencial. Há, portanto, uma contradição aparente nas relações interdisciplinares, porque o direito reivindica deontologicamente, pela tradição, a construção do mundo do dever-ser, independentemente de consequências, mas tem que recorrer à economia, ao menos quando a economia é o objeto da semântica normativa.

A contradição aparente justifica todo o estudo, que se pretende crítico, no sentido de fundar as condições de uso da razão e linguagem econômicas na hermenêutica jurídica. Este é um aspecto relacionado à reflexão jurídica sobre possíveis aproximações entre as categorias lógicas do ser e do dever-ser, projeto contemporâneo ainda não solucionado. As indagações mais elementares do trabalho serão sobre o papel da análise econômica do direito na interpretação jurídica, quais os seus limites e como uma linguagem econômica pode inovar na concessão de sentido ao direito. Aí está, pretende-se, a contribuição mais relevante do trabalho.

Na realidade, o influxo da economia no direito traz à baila uma discussão antiga sobre o direito como técnica a serviço de um fim externo, determinado, no caso em estudo, pela economia. A discussão já foi travada no início do século XX, nos debates sobre as possibilidades e correções da Escola Livre do Direito e a Jurisprudência dos Interesses. Das críticas às duas escolas resultou um normativismo rígido, que, salvando as possibilidades de uma juridicidade autônoma, formal e pouco atenta aos conteúdos veiculados pelas normas jurídicas, esqueceu o próprio fim ético do direito ou lhe deu pouquíssima atenção. Esses problemas podem ser solucionados, ao menos em parte, pela hermenêutica atual, que afirma a existência jurídica na sua compreensão, nos atos comunicativos que lhe sejam pertinentes. Daí ser possível esclarecer os limites da economia no direito.

Construir um critério de interpretação econômica para o direito é conceder à AED uma posição jurídica delimitada e mais clara. A ausência de fronteiras para a aplicação do método econômico no direito parece ser, na realidade, o ponto mais delicado da pesquisa até o momento. Sem limites, a AED apresenta-se com feições totalizantes limitando o direito à realização dos fins econômicos. Neste ponto, o diálogo entre direito e

economia torna-se hierarquizado pelo evolucionismo econômico, sobretudo de caráter neoclássico. A hierarquização dos argumentos é que se torna o centro do problema, e não propriamente a qualidade dos fundamentos normativos da economia.

Suposição que permeia a tese é a de que a AED tem aplicação não problemática no direito, sempre que for possível assumir uma estrutura normativa comum às duas disciplinas. Colocando-se a questão de outra forma, a tese defendida é a de que direito e economia podem ter trânsito menos problemático desde que assumam valores comuns: se justiça for assimilável pela economia, então, eficiência e bem-estar também serão pelo direito. Essa suposição está baseada na crescente abertura do direito a fatos sociais verificados e valores morais expressos ou implícitos no sistema jurídico.¹

Ao mesmo tempo, a economia tem buscado estruturas cognitivas para seus modelos que superem o estrito individualismo autointeressado clássico.² Além disso, as possibilidades metodológicas adaptáveis dos modelos analíticos econômicos, sob certo espectro político mais ou menos amplo, e a crescente preocupação do direito como mecanismo de efetiva transformação social possibilitam que o diálogo em estudo apresente resultados positivos, ainda que limitados.

Embora os problemas e questões anteriormente expostos não sejam propriamente novos – alguns deles até mesmo debatidos há certo tempo, com formação de extensa literatura³ –, a direção deste trabalho, por sua referência a valores morais do direito, quase sempre dedutíveis da fundação constitucional mesma dos Estados contemporâneos, acrescenta uma pequena nova contribuição ao debate jurídico. Essa contribuição se traduz na possibilidade de uso mais sólido pelo direito de instrumental analítico econômico, quando isso for possível, com efeitos enriquecedores na argumentação jurídica.

O intuito é criar um campo cognitivo em que direito e economia possam dialogar com mais facilidade e segurança, superando discursos apaixonados, muitas vezes preconceituosos e provocativos, tendentes, de um lado, ao elogio desmedido da pesquisa, como um método racional ilimitado, e, de outro, à acusação de que se trata de uma corrente puramente ideológica.

¹ Carla Faralli, *A filosofia contemporânea do direito*, p. 11-41.

² Amartya Sen, *Sobre ética e economia*, p. 28-44, e *Desenvolvimento como liberdade*, p. 41-46.

³ Observe-se que a existência da discussão mais geral sobre os pressupostos éticos e enquadramento da análise econômica do direito na árvore do conhecimento jurídico é recorrente. Um exemplo da extensão dos questionamentos envolvidos são os artigos compilados por Andrés Roemer, tendo em mente as questões de sentidos relacionados, econômico e jurídico, em *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, p. 19-218.

A contribuição do trabalho volta-se para o estado das pesquisas interdisciplinares entre direito e economia hoje. O parâmetro mais complexo sobre o assunto é como a dogmática jurídica o enfrenta, porque a economia problematiza menos o direito ou o problematizou em pequena extensão, até que a AED viesse à luz. De uma forma geral, a dogmática jurídica tem preocupações funcionais e lógicas sobre o relacionamento das duas disciplinas. Nesse sentido, a contribuição original do trabalho está no desejo de pensar o direito e a economia como conhecimentos direcionados à realidade social, para pensar esta realidade e sobre ela interferir, assumindo que, para isso, é necessário correr algum risco, de afirmação de certos valores. Sem eles, não haverá diálogo possível entre direito e economia. Os valores aqui pressupostos são os das democracias contemporâneas, que parecem não muito problemáticos pelos parâmetros constitucionais brasileiros e pelos consensos que têm permitido a solidificação da democracia nos últimos 20 anos no Brasil. Eles têm insistentemente buscado fórmulas para conciliar desenvolvimento, justiça social e preservação do patrimônio natural com a liberdade do indivíduo autônomo.

Abordagem – Por tratar de problemas nitidamente conceituais, este trabalho desenvolve-se sobre a literatura escolhida como relevante, naturalmente dentro das opções de valor antes colocadas. Isso significa que a exploração do problema é quase exclusivamente feita em diálogo com ideias fixadas a respeito dos temas envolvidos. Não se pretende, por isso, chegar a conceitos induzidos pela prática jurídica, mas, principalmente, sobre como a economia e o direito se relacionam. No entanto, tendo pretensões de interferir na realidade, o projeto volta-se para decisões judiciais, de modo a verificar a consistência de seus padrões argumentativos econômicos e também como forma de testar as suposições mais gerais. Sem isso, o estudo ficaria em uma zona estritamente teórica, sem uma ligação mais clara com a realidade.

A referência jurídica mais imediata para o tipo de investigação empreendida será a do direito econômico, cujas formulações são as mais evidentemente complementares às leis de mercado, aproximando aí direito e economia, numa visão muito ampla. É que o direito se vê ingressando na economia como um conteúdo racional que normatiza a forma pela qual o sistema econômico deveria funcionar, quando falha o

mercado.⁴ Direito delimita institucionalmente a atividade econômica, como qualquer outro campo social.

Direito e economia assumem que, para o desenvolvimento de atividades econômicas, as leis de mercado são a regra. No entanto, em certas circunstâncias, estas leis falham, surgindo daí a necessidade de intervenção da normatividade jurídica. O direito econômico estuda exatamente a relação direito e economia, tanto na vertente de um direito da economia quanto na concepção de um direito que incorpora regras econômicas, ambas as concepções problemáticas por sua extensão e contornos imprecisos.⁵ O direito econômico acaba por apresentar mais claramente os problemas da ausência de limites claros entre direito e economia, porque predica a economicidade no direito e nas leis de mercado, normalmente por imposições atuais de feição constitucional.⁶

Além do direito econômico, todas as áreas que disciplinam em grande extensão obrigações comutativas buscam fundamentos econômicos para suas especificações, diante das matérias reguladas.⁷ O direito cria, dessa forma, conhecimentos dogmáticos que designam os aspectos discriminados pelas normas para regulá-los e, por isso mesmo, a eles se abre cognitivamente. De forma geral, a normatividade jurídica (como

⁴ As falhas de mercado constituem a referência mais geral para a intervenção do direito sobre a economia. A respeito, Fábio Nusdeo coloca cinco falhas: mobilidade dos fatores, concentração, acesso às informações relevantes, externalidades e bens coletivos. *Curso de economia*, p. 138-167. Paula Forgioni indica quatro falhas: assimetria de informações, existência de poder econômico, externalidades e bens públicos. *Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação?* p. 42-43. Outras áreas de diálogo são regulação, setor público, consumidor, que se associam às falhas de mercado como apontam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito, economia e mercados*, capítulos 1, 6, 7 e 8.

⁵ André de Laubadère adverte que a especificidade do direito econômico está na imbricação do direito e da economia, ao afirmar que as duas concepções – do direito econômico como direito da economia ou como direito ao qual se agregam leis e métodos econômicos – não delimitam claramente a substância em estudo nem o método, *Direito público econômico*, p. 17 e ss.

⁶ No Brasil, o Título VII da Constituição Federal – “Da Ordem Econômica e Financeira” – estrutura a atividade econômica como meio para os fins mais gerais expressos na Constituição, especialmente os fins dos arts. 1.º, 3.º e 170. Os discursos jurídicos brasileiros contemporâneos sobre sistema constitucional econômico, propriedade, contratos, intervenção estatal no domínio econômico podem ser verificados nos julgamentos das ADI 319-4/DF e 1950-3/SP. Neles observam-se padrões argumentativos com pontos conflitantes: de um lado, procura-se equilibrar a liberdade de iniciativa com outros valores econômicos ou constitucionais; de outro, fica mais clara a visão liberal clássica, do menor intervencionismo estatal possível (sobretudo nos votos divergentes nas duas decisões).

⁷ Por isso mesmo, as relações são mais frequentes e explícitas no direito. Seguem exemplos de discursos interdisciplinares no direito: André de Laubadère, em *Direito público econômico*, Livro II, elabora um desenho político institucional comum ao direito e à economia. No Brasil, Washington Peluso Albino de Souza, em *Lições de direito econômico*, capítulo 1, estrutura toda a sua reflexão sobre a “Correlação economia-direito”; Calixto Salomão Filho, ao introduzir o texto revisado para a nova edição de *Poder de controle na Sociedade Anônima*, de Fábio Konder Comparato, faz um apanhado das correntes econômicas e suas influências mais gerais no direito societário; Eros Roberto Grau enfatiza as formas de atuação estatal sobre a economia, para definir o campo geral do direito econômico, em *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 123 e ss.

deve ser a ação) equilibra os interesses econômicos em conflito quanto a bens e transações (como elas são), criando o ambiente sobre o qual atividades econômicas se desenvolvem.⁸ Assim, um sistema jurídico é parte de um conjunto de fatores sociais que compõem o meio em que se desenrolam atividades e em que se formam expectativas dos agentes econômicos. Ele interfere na realidade econômica, marcando realização de valores éticos, econômicos e não econômicos. Desta forma, direito é também uma opção racional, disponível ao legislador, ao juiz e às partes constituídas como tais.

Entretanto, como antes afirmado, a forma jurídica convencional de lidar com a economia foi ultrapassada pela AED. Nesse sentido, reflete-se sobre o direito em geral, mas sem esquecer que as formulações dogmáticas do direito econômico interferem na apreensão do método econômico aplicado ao direito. A abordagem partirá, implicitamente, da condição de entendimento que o direito econômico dá à reflexão e seguirá, a partir daí, para campos mais vastos.

O trabalho perfilhará então a forma convencional para tratar do tema, indo das literaturas jurídica e econômica relevantes, para normas jurídicas gerais e decisões judiciais, mesmo aquelas que não tiverem sentido econômico evidente. É importante observar que não há uma pretensão empírica de grande magnitude no trabalho. A análise de casos compõe os argumentos de forma indutiva, sem com isso almejar um levantamento extensivo das formas como o direito vem tratando o método econômico. As pretensões realistas da tese são, assim, extremamente fracas.

Desenvolvimento – Em uma visão muito sintética, o estudo parte da ideia de direito como compreensão de normas justificada eticamente pela correção ou justiça de seus argumentos. O direito não se apresenta como um dado objetivamente verificado sobre o qual um método descritivo poderia dar conta.

O trabalho passa então a associar a essa postura parâmetros metodológicos controladores das possibilidades hermenêuticas, relacionando dogmática hermenêutica jurídica com economia. A razão e os modelos econômicos são colocados como parâmetros discursivos jurídicos, pela análise econômica do direito, que será também explicada, em termos de formação, escopo e métodos. Por último, verifica-se como se comportam elementos do método econômico na decisão de casos concretos, para finalizar com a última

⁸ Nas palavras de Fábio Nusdeo, “quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses”. *Curso de economia*, p. 30.

parte da tese, que afirma as inconsistências de significado jurídico da análise econômica do direito, fixando-lhe limites e possibilidades.

No primeiro capítulo, procura-se explicar a construção valorativa do direito, conforme argumentos justificados, para chegar a uma especificação de base operacional no desenvolvimento do trabalho. Esse primeiro capítulo não problematiza o fundo da questão moral do direito e suas implicações históricas, no sentido do renascimento do direito natural ou do aprofundamento do direito estatal posto. É suficiente, para desenvolver a pesquisa, que se tenha em mente o sentido justo final das determinações do direito, apreendidas na interpretação.

No segundo capítulo será exposta a pauta metodológica associada à hermenêutica jurídica, em que questões consequenciológicas da interpretação são vistas pela ótica da dogmática hermenêutica. O problema mais relevante nesse ponto será delimitar o tipo de consequencialidade admissível nas regras de interpretação jurídica: se relacionadas a fins externos às normas ou se as normas, e só elas, delimitam as próprias consequências do direito. A referência jurídica mais elementar é o arcabouço teórico da dogmática hermenêutica quanto a resultados, a interpretação literal, restritiva e extensiva. Neste ponto coloca-se a consistência dos argumentos jurídicos construídos com base em resultados previsíveis da decisão.

Os dois capítulos subsequentes procuram um paralelismo econômico em relação aos dois primeiros, argumentando sobre razão, modelos e método microeconômicos de maneira geral e sua influência na construção da estipulação econômica. Método e modelos neoclássicos são os instrumentos mais comuns colocados à disposição dos estudos interdisciplinares sobre direito e economia. Não se almeja, obviamente, questionar aspectos puramente econômicos, nem sobre a economia influir. O que se pretende é colocar em evidência a maneira pela qual a ciência econômica afeta o direito.

Estes quatro primeiros capítulos criam o contexto em que a AED será vista e especificada no trabalho. Tanto quanto possível, o quinto capítulo tentará colocar uma observação isenta da AED. Tanto quanto possível por dois motivos. Em primeiro lugar, como é natural, não há aproximação de qualquer assunto que seja realmente objetiva, principalmente tratando-se de ciências humanas. Por isso mesmo, ao ler a análise econômica do direito, interpretá-la e explicá-la, já se está modificando-a. Em segundo lugar, mais especificamente, a análise econômica do direito não tem ainda um padrão

terminológico que sirva a um propósito descritivo sedimentado e minimamente isento. Não existem argumentos já submetidos a debate amplo, por sua novidade. Eles não se sedimentaram até o momento. Esses são os motivos pelos quais se dispensa maior ênfase nos fundamentos da AED do que em seus desenvolvimentos teóricos em áreas específicas do direito. O que se pretende aqui será então marcar como se formou uma tradição jurídica que olha para o direito como uma opção racional, cujos efeitos sobre a atividade econômica devem ser consideradas.

O último capítulo será dedicado à construção das questões valorativas da AED e as insuficiências hermenêuticas daí decorrentes, circunstância que leva à especificação de seus usos possíveis. O capítulo procura fechar os argumentos desenvolvidos nas seções precedentes, a respeito dos problemas da juridicidade trazida à existência pela economia e como o direito se altera nesse tipo de interdisciplinaridade. A questão moral relevante aqui será a justiça e como ela se realiza ou não pela interferência da análise econômica do direito.

Em resumo, todo o trabalho quer ver a economia ou, pelo menos, sua parte que fundamenta a análise econômica do direito, a partir do direito. Muitos economistas já olham para a norma jurídica pela lente econômica e o fazem, muitas vezes, de forma simples, sem com isso perder em precisão quanto ao ponto que pretendem apreciar. O caminho inverso, do direito para a economia, não só é importante, mas imprescindível nos tempos atuais. O medo de falar o eventualmente impróprio não justifica o enclausuramento que acaba passando por descaso. Superar esses fechamentos é uma última pretensão do trabalho.

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA E SENTIDO DA NORMA JURÍDICA

O propósito deste capítulo é fixar pressupostos sobre os quais repousa o desenvolvimento do trabalho. Ele pretende justificar uma perspectiva ou fornecer uma concepção sobre o direito em geral que possibilita toda a visão da análise econômica do direito a ser posteriormente adotada. O ponto de partida é a suposição de que o direito, pela hermenêutica jurídica, não se confunde com objetos normativos articulados em um sistema fechado e autorreferente, como sugere uma teoria positiva científica. O direito é aqui visto sob o prisma do entendimento de textos jurídicos direcionados à solução de conflitos em conexão com a moral, especialmente a justiça, sua concessora final de sentido. Com isso se quer afirmar nada mais que a já conhecida tese de que o direito não é um estudo objetivo de normas postas, mas uma prática social relativa ao entendimento justificado de textos normativos, como parâmetros para julgamento do agir, justificação que será adequada na medida de sua correspondência com justiça.

A visão hermenêutica do direito aqui adotada toca em dois pontos difíceis que se quer discutir. Em primeiro lugar, sem objetos definidos como tais, o direito parece esvanecer-se ou perder um de seus atributos mais eloquentes, a segurança. Em segundo lugar, essa indeterminação sobre o objeto leva à ideia de um vazio metodológico, a comprometer qualquer projeto de verdade jurídica.

Em síntese, explicitar a razão jurídica em geral pela via hermenêutica, tendo por referência os valores explícitos ou implícitos na norma, seus concessores finais de sentido, é a ideia que se quer aqui erigir como base analítica de todo o trabalho. Trata-se de admitir a compreensão do direito em sua dimensão axiológica, que se reflete sobre e é um reflexo das aspirações sociais. Essa compreensão jurídica pela eticidade do texto jurídico não prejudica a comparação interdisciplinar direito e economia, foco deste estudo, mas, antes, a qualifica. Também economia não dispensa normatividade, cuja função é fixar as variáveis a respeito de como a economia deve funcionar. Valores, na economia e no direito, se colocam como diretrizes estruturantes dos dois conhecimentos e, por isso, não interferem na verdade dos predicados da análise econômica do direito a ser empreendido.

1.1 As indeterminações da hermenêutica jurídica – As dificuldades delineadas merecem uma explicação mais específica, antes que se tente resolvê-las.

A tônica permanente mais ampla da hermenêutica em geral é legitimar filosoficamente, a partir da compreensão, conhecimentos que não se submetam rigidamente a verdades deduzidas ou induzidas ou aos critérios metodológicos aplicados às ciências naturais. A hermenêutica, nesse sentido, recusa aplicar recortes epistemológicos rígidos a qualquer conhecimento, indiscriminadamente. Tais recortes são construídos, desde o racionalismo iluminista, pela hipótese racional de conhecimento de alguma coisa e sua verificação real, aspectos tidos por necessários para que a razão se apodere de um objeto dado, constituindo-o como tal. Essa abordagem funciona relativamente bem ainda hoje, no caso das ciências da natureza. Mas tal não é o caso de todo conhecimento. Em alguns deles, de fato, não há sentido na construção de objetos, pois a própria delimitação já os modifica. Por isso, a hermenêutica encontra-se além de uma preocupação sobre a técnica de bem entender algo, como verdade. Ela se volta para o aspecto fundamental e constitutivo da pergunta em relação à resposta, consciente da existência finita e limitada do homem. Interpretar é, antes da resposta, articular uma dúvida relevante sobre significado, pois a pergunta já nasce de sentidos existentes e direciona a resposta de forma não estritamente lógica. Todo o conhecimento pretérito dá sentido às perguntas atuais, cujas respostas projetarão o futuro, sem que haja um método propriamente dito para a perfeita descrição desse tipo de conhecimento. Na hermenêutica, objetos e método são, assim, conceitos fracos.

A hermenêutica jurídica pode ser vista como parte do pensamento hermenêutico filosófico.¹ Entretanto, na hermenêutica jurídica a dificuldade qualifica-se pela instabilidade e ausência de justificação fixa do direito, que, sem objeto e método definidos, perderia segurança e permanência.

¹ “A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos os modelos de relações entre passado e presente que estávamos procurando.” Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método I*, p. 430. Antes, Gadamer afirma que “É verdade que o jurista tem em mente sempre e lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deva ser aplicado. E, para determinar com exatidão esse conteúdo, não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do legislador”. Idem, *ibidem*, p. 429. A conclusão desse procedimento dialógico resulta, para Gadamer, em que “A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença não seja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”. Idem, p. 433. Ainda sobre relações entre hermenêutica filosófica e jurídica, ver Ulrich Schroth, *Hermenêutica filosófica e jurídica*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 385-387.

A hermenêutica sustenta que entender corretamente o direito está além dos cânones estabelecidos no século XIX, em concepção que via a interpretação como método descritivo de objetos jurídicos. O direito não é o produto observado de uma fonte reconhecida, tornado em objeto, que falaria algo compreensível por si mesmo e apontando inequivocamente sempre para a coisa regulada, cuja apreensão é dada por um método análogo ao das ciências naturais. A própria compreensão da realidade regulada e do texto jurídico que a regula e mesmo do intérprete são os elementos constitutivos do direito. A hermenêutica centraliza atenção naquilo que se pode linguisticamente afirmar como entendimento correto ou adequado de textos legais, precedentes judiciais, doutrinas, lições e suas correlações com fatos sociais conflituosos, em processo de pacificação, por decisão justificada. Assim, a hermenêutica não aspira verdade em sentido científico forte, mas somente uma verdade bem fundamentada sobre argumentos justificados. Neste sentido, os cânones hermenêuticos passam mais a uma forma da razão jurídica em geral. Eles não constituem um método sobre o esclarecimento de normas.

É por isso que a interpretação integra o espectro criativo do direito, no sentido de que toda participação nos esquemas comunicativos jurídicos formam o direito e não simplesmente o descrevem ou sobre ele opinam. A historicidade que a todos constrange limita a compreensão às nossas vivências. Perguntas e respostas alteram-se permanentemente diante da variabilidade dos casos. A tarefa hermenêutica é, por isso, inexaurível e contínua, pois novos significados são sempre possíveis. Daí se colocar que a compreensão confunde-se com o direito mesmo. Ela ocorre sem uma forma preordenada, sem uma demonstração lógica dos caminhos que levem qualquer intérprete àqueles mesmos resultados.

Fundir o que normalmente se afirma como objeto jurídico com suas formulações compreensivas históricas é que leva às indeterminações hermenêuticas, reveladas nas permanentes aberturas a alternâncias de significados². Esses aspectos são os

² Este não é um problema novo. Muitas decisões judiciais antagonizam-se por longos anos e referentes aos mesmos textos legais. A pacificação desses casos decorre mais da alteração do horizonte político do que da objetividade nas normas. Um exemplo dessa ocorrência é o debate judicial, entre a década de 1960 e 1980 sobre a exploração de *trottoir* por mulheres, sistematicamente recolhidas pela polícia, sob acusação de ato obsceno (art. 233 do Código Penal) e importunação obscena (art. 61 da Lei das Contravenções Penais). A orientação do Supremo Tribunal Federal era de considerar legal a atividade, com fundamento no direito de ir e vir (RHC 39270/SP). Entretanto, na década de 1970, houve uma reversão no entendimento, sob o argumento de que o *trottoir* feria a moral pública. O indeferimento da ordem chegou a se basear no argumento de que a decisão corresponderia a um alvará judicial para exploração da prostituição, o que seria inaceitável (RHC 59104/SP). O RHC 59518/DF acabou por entender que o *trottoir* não estava sob a garantia individual de ir e vir, ainda que a decisão já estivesse com eficácia seriamente comprometida, pela alteração

pontos relevantes nas acusações sobre a falta de objetividade, impermanência e relativismo hermenêuticos.

Betti preocupou-se com esses problemas que já se vinham associando à interpretação desde o início do século XX. Para ele, a solução do indeterminismo estaria na possibilidade de afirmar que o discurso coloca objetivamente o pensamento, por meio da língua.³ Portanto, haveria verdade na compreensão, como resultado de um processo racional, a interpretação, que toma o discurso como seu objeto. Este processo tem um produto final apreendido pela razão e é por ela conformado. A interpretação seria um processo que desvenda na compreensão a mente por trás de um determinado discurso. A verdade hermenêutica estaria no apontamento dos erros e acertos de compreensões já empreendidas. Mas o ponto que Betti levantou, seu enorme e erudito esforço para objetivar uma forma de interpretação que fosse ao mesmo tempo metodológica⁴ e clara, na segunda metade do século XX, esbarra no problema aparentemente insolúvel e que já vinha da tradição, sobre a posição do intérprete e suas interferências na compreensão. Neste sentido, o discurso como objeto de investigação jurídica objetiva, exclusivamente por um método analítico, fica seriamente comprometido pela confusão entre as opiniões do intérprete e o próprio texto⁵. As formulações hermenêuticas jurídicas com base no discurso guardam, no fundo, o mesmo problema que sempre esteve presente na interpretação mais recente e que oscila entre as intenções do legislador e o texto.

Este problema, de relação recíproca constitutiva entre o discurso e o intérprete, é assumido pela hermenêutica filosófica, sobretudo em Gadamer, como um limite à objetividade da compreensão. Por isso, pela ampla influência da hermenêutica filosófica sobre as questões relativas à interpretação, a compreensão jurídica não se prende

nos costumes e nas circunstâncias políticas. Com a Constituição Federal de 1988, esse assunto não surge como debate constitucional.

³ Betti apresenta forte influência da linguística estrutural de Saussure, para quem a língua deve ser estudada por si e para si, e, assim, apresenta nela mesma a objetividade, pois se trata de um todo transformado em objeto pelo discurso. A comunicação pode ser entendida como possibilidade de organização e transmissão de pensamentos, por meio de um discurso. A respeito da influência do estruturalismo de Saussure no pensamento objetivista de Betti sobre a interpretação, ver Josef Bleicher, *Hermenêutica contemporânea*, p. 51-52.

⁴ Seguindo aí aproximadamente a tese de Dilthey, com desdobramentos linguísticos mais evidentes. Emilio Betti, *A hermenêutica como metodologia geral das “geisteswissenschaften”*, in Josef Bleicher, *idem*, p. 77-131.

⁵ A posição do mais conhecido e usado compêndio sobre interpretação e aplicação do direito no Brasil é uma posição hermenêutica metodológica e que se insere em um campo um tanto vago entre objetivismo textual e subjetivismo intencional, seguindo aproximadamente a escola clássica do século XIX. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, especialmente p. 10 e 44-50.

só aos significados evidentes dos textos legais nem os torna objetos apossados por conhecimento verdadeiro em sentido lógico estrito. Daí a tarefa mais difícil da hermenêutica jurídica ser a construção de condições de compreensão adequada ou justa do direito, de forma estável e permanente, em uma sociedade livre de indivíduos, a exemplo das contemporâneas,⁶ sem um código moral único e sem remissão às virtudes coletivas da tradição.⁷ A hermenêutica deve ter em mente exatamente esse equilíbrio, revelado na solução entre a liberdade destes indivíduos e a necessidade de ordem, como já apontava Miguel Reale.⁸

Por isso, a concepção geral hermenêutica, para validar-se, deve construir condições estáveis de compreensão. O problema vai além de assumir que pelo discurso não se consegue apreender o objeto jurídico, mas em esclarecer uma forma não propriamente metodológica de compreensão jurídica correta. Aí é que se registram os problemas práticos da operação jurídica real.

A hermenêutica liga-se à ideia de fusão, um tanto vaga, de diversas perspectivas jurídicas, de aglutinação de tempos, passado, presente e futuro e de privilégio da tradição.⁹ A resposta da hermenêutica jurídica, tanto quanto da hermenêutica geral, é limitada, realmente, a colocar o correto como o que se pode afirmar no diálogo, no caso do direito, no diálogo jurídico ou na dialética da compreensão do direito. Seria, portanto, na alteração de significados, no seu refinamento, na adaptação à realidade da vida, que residem as melhores formas de estruturação jurídica. No fundo, a postura hermenêutica leva à ideia de que as possibilidades de afinar a qualidade de sentido é tudo o que se pode esperar do conhecimento jurídico. Não há uma racionalidade jurídica transcendental fundante na hermenêutica, mas sua postura não é irracional.¹⁰ Ela só pleiteia tornar

⁶ A individualidade moderna é confundida com o próprio processo de civilização. Norbert Elias, *A sociedade dos indivíduos*, p. 102-190. Charles Taylor assinala criticamente o fundamento da modernidade na construção da individualidade, que implica um atomismo moral, excessivamente pesado sobre o sujeito. *As fontes do Self*, p. 15-40.

⁷ Alternativamente à ética do indivíduo, uma ética de virtudes não relativas poderia ser reinaugurada na perspectiva aristotélica, segundo Martha Nussbaum. *Virtudes no relativas: um enfoque aristotélico*, p. 318-351.

⁸ Liberdade, “sempre em oposição dialética à ideia de ordem, põe a exigência de uma ordenação jurídica aberta e flexível. Tudo está, porém, em situar racionalmente os limites dessa abertura e flexibilidade, a fim de que a liberdade não se converta em licença, nem a ordem se degenere em tirania”. Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, p. 25.

⁹ Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método II*, p. 159-173 e 494.

¹⁰ Arthur Kaufmann afirma que a hermenêutica vista só como método é o fundamento crítico sobre sua irracionalidade e subjetivismo. Mas essas considerações não são exclusivas da hermenêutica. Elas estão nos métodos jurídicos em geral. Arthur Kaufmann, *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in

consciente a irracionalidade que está sempre presente nas compreensões e na própria vida humana.¹¹ Uma tal postura choca-se, em larga medida, com o espírito científico contemporâneo, pois é da objetividade científica que os conhecimentos humanos extraem suas qualidades socialmente reconhecidas em termos de uso ou funcionalidade prática. Assim, o desafio hermenêutico é construir esses critérios de correção das fórmulas reconhecidas de interpretação ou, dito de outra forma, solucionar o problema sobre como é feito e construído o direito, de forma racional, na interpretação.

Uma solução possível para esses problemas, de impermanência, insegurança e relativismo hermenêuticos, pode ser encontrada sob a ótica da ontognoseologia de Reale, que indica um direito não objetificado, quer nas normas, quer nos discursos que o compõem, mas um direito como experiência com base na vivência moral do sujeito.¹² A solução, aqui ainda provisória e que será desenvolvida ao longo deste capítulo, mitiga a separação rígida entre o ser e o dever-ser, recorrendo à ideia de que há realidade tanto na “subjetividade transcendental, que outorga sentido ao real em função de estruturas imanentes a este, quanto no objeto, que só o é por sua essencial correlação à consciência mesma”.¹³ O direito coloca-se então como conhecimento dependente dos valores que o determinam por imposição da consciência e de como esses valores são nele refletidos. A solução dessa circularidade¹⁴ leva à ideia de que a razão jurídica deve acessar o direito sob condições subjetivas e objetivas da experiência jurídica, por uma “correlação que,

A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 189-190.

¹¹ Por isso, argumentos desqualificadores da posição hermenêutica, como aqueles expostos por Michael Moore, não chegam a impressionar. Na realidade, o projeto hermenêutico está ainda em construção e não poderia ser considerado só como um modismo passageiro, com proposições triviais tornadas em novidades, das quais não restarão mais que umas poucas lições. Sobre críticas às posições hermenêuticas, ver Michael Moore, *Interpretando a interpretação*, in Andrei Marmor (Org.), *Direito e interpretação*, p. 4-5 e 45-46.

¹² “Ora, se no plano da experiência natural a razão assume em si e ordena, segundo leis e princípios seus, o material da *intuição sensível*, explicitando a ordem pressuposta da natureza, do mesmo modo, nos domínios das ciências da cultura, a razão compreende e ordena o material da *intuição axiológica*, emergente da prática, dando-nos o sentido concreto do todo.” Miguel Reale, *O direito como experiência*, p. 48-49 (grifos originais). Não há como negar nessa postura de Reale uma associação fenomenológica, do direito vivido, conforme o enxerga Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 8.

¹³ Miguel Reale, *idem*, p. XXX.

¹⁴ “Há pois na experiência jurídica uma permanente tensão dialética, que pode deixar atônitos os que dela se achegam levados por antigos ensinamentos sobre o ideal do direito como uma ordem imutável e formalmente certa, quando, na realidade, a vida jurídica, sendo uma renovada sucessão de estimativas e opções, às vezes dramáticas, é, ao mesmo tempo, *estrutura e evento, estabilidade e movimento*; é *adequação ao fato particular*, segundo motivos renovados de equidade e, concomitantemente, *exigência universal de certeza*, através da previsão garantida de classes de iniciativa; é *problemática*, como tudo o que se liga às alternativas de liberdade e da justiça, mas necessariamente se inclina a compor e ordenar em sínteses unitárias, ou em *sistema* o mais possível predeterminado, os conflitos de interesse.” Miguel Reale, *idem*, p. 35 (grifos originais).

necessariamente, existe entre sujeito e objeto do conhecimento, os quais estão entre si numa funcionalidade dialética de implicação e polaridade”.¹⁵ Por isso, uma concepção jurídica hermenêutica, como a que aqui se busca, leva a assumir tanto as estruturas formais, como a realidade ética do conteúdo jurídico. Com base nessa hipótese, os limites da interpretação e o controle de seus resultados passam pela noção de formas, conteúdos, fatos, decisões, todos vistos no âmbito da correção e adequação. Os limites dependem de uma maior atenção aos fatos sobre os quais incide a regulação, de modo a não frustrar o próprio fim do direito, direcionado à pacificação justa e segura de conflitos sociais.

Na qualificação das fontes, na apreensão de significados sobre situações reais da vida, na determinação adequada de sentido dos textos do direito, em todos estes aspectos, conjuntamente transpostos para os termos da língua natural, a forma comum de comunicação no direito, está a ontologia jurídica como experiência e não como dado. O jurídico não está apenas em normas postas, mas na sua compreensão diante dos casos a que possivelmente tais normas se reportam. Não há um método ordenado, único, ao menos na atual situação da ciência, que explique de forma factível como a consciência relaciona fatos com normas jurídicas e valores. Pode-se afirmar então que o direito vai além de estruturas lógicas formais. O jurídico encontra-se também nas práticas linguísticas que o constituem como conteúdos direcionados à solução de conflitos. Ele será tão correto quanto o entendimento possa determinar. E, se o direito não está propriamente em objetos normativos observados, mas no seu sentido, mutável segundo o caso e segundo o intérprete, então ele se explica pelos discursos que o compõem, constatação que leva aos argumentos jurídicos conforme se os pode ver nas teorias da argumentação. Assim, a hermenêutica conduz à ideia de que o foco da racionalidade jurídica está na justificação ou no estudo da adequação dos argumentos.

Todas essas respostas são buscadas, em primeiro lugar, na experiência positivista, pensamento jurídico quase monolítico até meados do século XX, no Brasil inclusive, pela influência de Kelsen. A formulação convencional sobre interpretação, conforme cristalizada nos modelos jurídicos, será o ponto de partida, sendo aí especialmente relevantes a tese metodológica da interpretação no espírito racionalista prevalente no século XIX e os desdobramentos dessa visão feitos pelo positivismo jurídico do século XX.

¹⁵ Miguel Reale, *O direito como experiência*, p. 55.

1.2 Os limites dos cânones da interpretação como método jurídico positivo – A hermenêutica está fundada nas concepções que encaram a língua¹⁶ como expressão da realidade, constituindo-a.¹⁷ Ao afirmar que a língua expressa a realidade, por estruturar os pensamentos, as formas de vida, suas conexões e, portanto, nossas próprias existências, a ideia da língua como expressão acresce uma importante dimensão à fórmula clássica sobre o idioma, instrumental ou designativa.¹⁸

A visão designativa tem duas formulações principais, ambas anteriores à modernidade. A primeira, naturalista, procura associar coisas a ideias gerais que as precedem na razão. Na acepção naturalista, o nome aponta para coisas tais que se associam à sua ideia preexistente. Ao se falar de uma mesa, lembra-se de um objeto plano, mais alto que o chão e que serve principalmente de apoio para outros objetos. Coisas reais com essas propriedades podem ser denominadas mesas. A língua aponta para algo conhecido pela sua ideia e, por isso, compreensível. A ênfase dessa acepção é a razão conhecedora das ideias às quais o nome se liga e das coisas para as quais o termo aponta. O realce é sobre a função empírica da língua, controlada pela experiência unívoca que a determina. A designação ocorre por associação entre coisa observada e a ideia que a precede. A língua é aí ligação entre a razão cognoscente e realidade.

A segunda acepção designativa, nominalista, vê na essência nominal constitutiva da língua o apontamento de coisas experimentadas como universais. A própria língua é a morada do conceito e não a ideia e a realidade que ela designa. A concepção

¹⁶ O pensamento sobre a função da língua e suas articulações lógicas é mais apropriado à filosofia da linguagem, com forte tendência analítica. Ainda que o tema do trabalho esteja relacionado à hermenêutica e não à linguagem, trata-se esta como primeira aproximação daquela: “Ela [a hermenêutica] é filosofia transcendental no sentido em que designa as *condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral*. A hermenêutica, enquanto tal, não prescreve nenhum método. Ela apenas indica sob que pressupostos se pode compreender algo no seu sentido. E, visto que não existe nada inacessível ao espírito que compreende, a hermenêutica tem carácter universal. A *compreensão do sentido (não o método!)* da ‘física’ ou da ‘religião’ ou da ‘economia’ ocorre sob as mesmas condições transcendentais presentes na compreensão do ‘direito’. Não se pode, todavia, de maneira nenhuma, entender esta universalidade da hermenêutica como um absoluto; a hermenêutica é uma das muitas possibilidades de lidar com o mundo e, como tal, com o direito, não podendo, por isso, fechar-se perante outras teorias como, por exemplo, a teoria analítica ou a teoria da argumentação. Aliás, ela mesma aponta para a necessidade dessas teorias. Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 150 (grifos originais).

¹⁷ “Expressão torna algo manifesto ao corporificá-lo.” No original: “Expression makes something manifest in embodying it”. Charles Taylor, *Human Agency and Language*, volume 1: Philosophical Papers, p. 219.

¹⁸ As distinções de Charles Taylor entre as tradições designativas e expressivas da língua proporcionam uma visão sucinta e aguda do problema tratado. O autor, entretanto, elabora a distinção com propósitos muito distantes dos que estão neste trabalho, pois, para ele, a tradição romântica expressiva, que tornou a língua “enigmática”, é um dos elementos mais importantes na conformação do sujeito contemporâneo como o ser moral autônomo e pressionado por decisões próprias, não coletivas. A classificação está em Charles Taylor, *idem*, p. 218-219.

universal ligada a um nome é apreendida pela associação de coisas semelhantes. A vivência de muitos objetos designados mesas, como coisas planas mais altas que o chão, sobre os quais outros objetos são apoiados, leva à apreensão do sentido geral do nome mesa, essência nominal em que reside a universalidade do conceito. Essa é também uma acepção instrumental da língua, pois associa objetos às suas essências.

As duas visões instrumentais da língua colocam que há um fundamento orientador do sentido dos nomes para além deles mesmos e, por isso, podem ser tratadas conjuntamente como teses essencialistas sobre o idioma. As diferenças estariam mais nas vias inversas de chegar ao conceito abstrato ou essencial por trás das palavras. No primeiro caso naturalista, das ideias se chega às coisas pelas palavras. No segundo, nominalista, as coisas designadas formam o conceito ou a essência nominal por trás das palavras. Semanticamente, as palavras, na visão essencialista, têm função mais extensional e denotativa, apontando para uma determinada região do mundo a elas associada como verdade objetiva.

Entretanto, se alguém afirma que *“à mesa se faz todo o entendimento”*, o termo mesa aponta não mais só para algo plano, elevado e cuja serventia é apoiar coisas, mas, principalmente, para a negociação, para o diálogo, para a aceitação recíproca. No exemplo, há condições de verdade tanto para uma possível ansiedade do emissor sobre um conflito que esteja à sua frente quanto um elogio a um negócio fechado, elementos que envolvem o contexto expressivo da construção linguística. O significado do termo está aí relacionado ao uso específico que dele se fez em um contexto que não privilegia a indicação do objeto, salientando uma função a ele associada, diferente de apoio. Esses sentidos difusos das palavras nas linguagens naturais tornam problemática a interpretação, porque, em muitos casos, é o seu uso que forma o sentido do discurso. A reconstrução de significados pelo contexto comunicativo pode obedecer a certas regras comuns, mas as infinitas possibilidades linguísticas indicam também infinitos sentidos, que não podem ser metodologicamente apreendidos, ao menos de forma total e plenamente lógica, como ocorria nas tradições designativas. Superando naturalismo e nominalismo, há na comunicação algo mais do que rótulos para coisas ou essências universais, como condição de verdade. A língua está além de um intermédio entre coisa e seu conceito objetivo ou essência universal. Sempre que a intenção de quem fala altera o sentido mais comum de um termo ou o usa em uma convenção particular por referência a um contexto específico,

as fórmulas designativas perdem terreno para a tese expressiva,¹⁹ porque nesta a própria língua recria seus significados pelo uso. Não se trata mais de recordar a ideia abstrata precedente do objeto nem da universalidade do nome. Trata-se, isso sim, de entender os jogos comunicativos dentro de seus próprios termos. No exemplo, a expressão mesa constitui seu próprio sentido, contextualmente falando. A ênfase da tradição expressiva da língua é a conotação ou as condições de verdade para uma palavra em um discurso específico, estruturado pelo falante e não pela realidade objetivamente vista ao qual ele se reporta. O significado é preso à intenção de quem fala e às possibilidades de entendimento do ouvinte, que reconstroem significados pelo uso da língua e não só pelos objetos denotados.

O expressivismo lingüístico tem forte apelo para o caso da literatura, da filosofia, do direito, da psicologia, da teologia e da história. Em todos esses casos, tanto as realidades para as quais os textos apontam quanto aquelas das quais eles dependem são objetivamente inacessíveis, como no caso de um texto bíblico, ou não são relevantes antes da atribuição de sentido ao próprio texto, como no caso do direito. Nessas disciplinas, textos e realidades fundem-se mais claramente em sentido e, por isso, são chamadas compreensivas ou do espírito,²⁰ pois falam de casos em que a realidade objetiva, fora da existência textual, é muito tênue. O discurso nesta hipótese depende da intenção comunicativa.

No direito, por exemplo, antes de entender o sentido sobre a proteção da vida, não se pode entender a legítima defesa e esta só se entende em um caso de alguém que se protegeu da própria morte, matando o agressor que o ameaçava. Os fatos vida ou morte provocada, por si mesmos e genericamente considerados, não dão o sentido jurídico, normalmente tido como lógico, da norma que condena o homicídio ou da que exclui

¹⁹ Charles Taylor, *Human Agency and Language*, volume 1: Philosophical Papers, p. 229. A tese expressivista é inicialmente associada ao historicismo de Herder, paralelo ao projeto crítico kantiano. As duas acepções chegam ao romantismo para uma síntese. O expressivismo então, de forma mais clara, volta-se não só para o objeto designado (objetivismo interpretativo), mas também para a reconstrução das intenções comunicativas do emissor (subjetivismo interpretativo). Friedrich Schleiermacher é um autor que já pensa nas propriedades expressivas da língua, ao sistematizar uma forma de bem interpretar textos bíblicos e antigos: os sentidos corretos remontam à própria textualidade, nas intenções contextuais históricas do autor. “A boa interpretação de um discurso se dá pela recuperação objetiva (gramatical) da língua e pela intenção (histórica) de seu autor: A principal tarefa da interpretação gramatical é, então, conforme o pressuposto conhecimento do significado, encontrar para cada caso dado o verdadeiro uso que o autor tinha em mente, evitando falsos como também o muito e o pouco.” F. D. E. Schleiermacher, *Hermenêutica*, primeiro projeto, in *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, p. 79.

²⁰ A antiga divisão entre ciências naturais e do espírito foi objeto de amplos debates até meados do século XX, para conferir a estas a mesma clareza metodológica daquelas. A pretensão está resumida em Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método I*, p. 325 e ss.

antijuridicidade no caso de quem matou para proteger sua própria vida. O fato vida não explica esses conceitos, porque a proteção jurídica não é o fato, mas o valor da vida. Logo, se alguém mata uma pessoa, então a ocorrência é apreendida como sancionável, porque morte é entendida como não natural e, portanto, assimilável, como sentido, à regra que sanciona quem a causou. Nestes termos, o que se observa, aquilo que se verifica, deve ter um sentido conectado ao sentido de um texto pré-compreendido.²¹ Não há no direito a observação de uma circunstância de fato que o determine como objeto e da qual decorra lógica e necessariamente certa conclusão ou efeito. Não há uma lei natural, no sentido de leis naturais regentes de causa e efeito metodologicamente verificadas, sancionando homicídios e que, por si mesma, conceda as condições de verdade da estrutura linguística da norma. Condenar homicídio em abstrato ou em uma situação concreta não é inferido por algum critério objetivamente determinado. Existe no direito uma circunstância construída, que fala em sancionar aqueles que causam a morte de outros e que justifica os que se protegem de um mesmo efeito, pela ameaça de morte. Há no direito a apreensão de fatos com essas propriedades. O que funda o sentido da regra jurídica que tutela a vida é o valor que se dá a ela. Esse valor só se revela nos sentidos estruturados dos textos gerais de lei e nos relatos oportunos sobre ocorrências reais, aos textos relacionados. Desta conexão surgem processo e produto da interpretação, porque o engajamento no problema dos sentidos é automático, sem um método preordenado. Do engajamento surge o sentido do direito, que, assim, se reconstrói.

Por esses motivos, a tradição expressiva sobre a linguagem explica de forma mais convincente a atividade jurídica e a formação do conhecimento sobre o direito, dado que, ao mesmo tempo, atenua as diferenças lógicas entre o ser e o dever-ser e traz à compreensão a intenção como elemento determinante de sentido. Aspectos intencionais são fundamentais para a compreensão jurídica, dado que a intenção de quem elabora a lei e de quem a reelabora, além daquela dos que praticam atos sobre os quais a regulação incide, devem, necessariamente, entrar no horizonte da interpretação, ao menos para contextualizar a norma ou para afirmar, mais amplamente, o que está sendo realmente

²¹ Pré-compreensão é a condição inicial histórica de qualquer entendimento. Por histórica, entenda-se a contingência e a finitude do ser na vida e não historicismo, como objeto da disciplina história, tendente a explicar o presente em relação de causa e efeito com o passado. Essa imprecisão reduziria o tempo da existência na hermenêutica, que é, por assim dizer, atemporal, pela fusão de presente, passado e futuro. Ninguém acessa uma compreensão sem ter algum tipo de entendimento prévio historicamente articulado. O refinamento do conceito e sua adequação pelas várias idas e vindas aos conceitos e aos fatos explicam o círculo hermenêutico como processo e produto simultâneos na interpretação. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 285-293.

normatizado. Sem aspectos intencionais, a interpretação seria falha, pelo excessivo peso concedido à semântica – o sentido das sentenças na lei – e a sintaxe – as regras relacionais entre as sentenças. Esses últimos aspectos extensionais são também importantes, mas não de forma exclusiva, porque a reconstrução de sentido somente pela extensão mostra-se inexequível na maior parte dos casos. Tanto assim, que o pensamento hermenêutico objetivista jamais se esqueceu das intenções do legislador.

Já nesse quadro de incidência no direito de aspectos intencionais e extensionais da língua formam-se as regras canônicas da arte de bem interpretar no século XIX, mas ainda relativas ao modo de obter a compreensão correta, focadas na *mens legis*, na extensão das palavras da lei e de suas articulações lógicas ou na *mens legislatoris*, na intenção do legislador na elaboração da lei.²² A arte de bem interpretar seria então colocada na articulação desses dois aspectos, o que conduz ao estabelecimento dos métodos mais conhecidos, de interpretação gramatical (articulação semântica da norma), sistemática (articulação da norma com as outras normas), lógica (articulação indutiva ou dedutiva da norma) e histórica (articulação da norma com a regulação pretérita de sua hipótese).

Todas essas regras de interpretação remetem claramente aos debates ocorridos na Alemanha, relativamente às codificações, processo em andamento na passagem do século XVIII para o XIX, em muitos Estados europeus. A técnica sobre a boa interpretação era a tônica do pensamento hermenêutico nos debates sobre a codificação. O que sobressai no pensamento hermenêutico de então era construir um método capaz de transformar o resultado da interpretação em verdade, como produto de uma atividade racional de índole científica, seguindo um propósito iluminista de revelar as coisas como elas são, sem interferência de juízos laudatórios, de valores, de contaminações que não fossem as coisas em si mesmas. Os fundamentos extensionais e objetivos foram realçados pela Escola da Exegese, que propunha uma interpretação ligada ao sentido das palavras e às construções dos textos legais, colocando que o texto e suas articulações lógicas determinariam o sentido do direito, reconstruindo automaticamente as intenções do legislador. Os aspectos intencionais e subjetivos foram ampliados pela Escola Histórica.

²² A tese subjetivista da interpretação (*mens legislatoris*) determina que o intérprete deve se colocar na posição de quem elaborou originalmente o texto, evitando imputações tidas por arbitrárias. O objetivismo na interpretação (*mens legis*) postula que tanto o subjetivismo do autor quanto o do intérprete são insondáveis e não passíveis de verificação e, por isso, a interpretação deve se ater ao texto legal conforme se o compreende no presente, em suas articulações próprias. Ulrich Schroth, *Hermenêutica filosófica e jurídica*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 382 e ss.

Neles sobressai que a reconstrução do sentido normativo obedece a critérios extratextuais. A compreensão do texto legal só pode ser correta se levar em conta elementos que não estão no próprio texto, elementos que se aglutinam na evolução dos institutos jurídicos na história.²³

As duas visões hermenêuticas apontam para o problema da reconstrução objetiva do direito, numa aproximação do historicismo com o conhecimento reflexivo crítico, superando a fórmula então já quase abstrata do direito natural. Realmente, a passagem do jusnaturalismo para o direito estatal foi profundamente marcada, ao menos no continente, pelas rejeições às propostas filosóficas deste último.²⁴ O direito não poderia ser o conteúdo determinado pela razão universal. Havia uma imposição de conhecer o direito em uma perspectiva científica e que, concomitantemente, se estruturasse em pressupostos filosóficos²⁵ adequados, mas diferentes da racionalidade universal, inconsistente como fundamento, porque o jurídico é sempre contingente e mutável no espaço e no tempo. Por isso mesmo, o direito não se explica só por seus conteúdos, mas também por suas formas. Formas e conteúdos eram, nesse primeiro movimento positivista jurídico, estruturantes sistêmicos do direito.

Politicamente, a ideia mais geral da transposição do direito natural para a racionalidade do direito posto era a preservação da liberdade e igualdade formal do cidadão perante o Estado. Mas ela era um tanto vaga para justificar logicamente todas as formas e os conteúdos jurídicos. Contra o Estado que tudo podia, a legislação positiva era a segurança máxima²⁶ das liberdades individuais, porém muitas poderiam ser as soluções concorrentes no mesmo espectro geral. A igualdade formal dos cidadãos e a preservação de sua liberdade e individualidade, como postulados gerais, não poderiam explicar, ao menos de forma evidentemente lógica e científica, que houvesse a liberdade de contratar e a imposição concomitante de pagar certo tributo, exigível pela celebração do acordo. As justificativas dependiam de certas atribuições feitas *ad hoc* aos postulados gerais. Das

²³ Franz Wieacker afirma: “Através do despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência foi aberto na ciência jurídica um processo que ainda hoje não chegou ao seu termo. Ele significa nada menos que o facto de que a relação do dever-ser com o ser histórico, da norma jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade da ciência jurídica – o que a autoridade do *Corpus Iuris* e o racionalismo bidimensional do direito natural haviam impedido até aqui”. *História do direito privado moderno*, p. 409.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 401-402.

²⁵ Celso Lafer fala em paradigma da filosofia do direito em substituição à razão fundante do último direito natural. Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*, p. 47 e ss.

²⁶ Franz Wieacker afirma o impacto espiritual dos movimentos de codificação continental europeia, idem, p. 365 e ss.

atribuições entende-se que os mandamentos políticos gerais necessitassem de elementos de precisão colocados pelos Estados nacionais por meio de leis positivas, nada havendo que as precedesse, fora do poder que as discutia, promulgava e adjudicava, como manifestação soberana da racionalidade política.

Entretanto, Estados ainda sem legislação nacional codificada, como a grande parte dos germânicos, procuram a vertente desta racionalidade em uma nova sistematização do direito comum. Nesse cenário, de busca de fundamentos para um conhecimento jurídico verdadeiro em padrões científicos é que o direito estatal, como objeto de conhecimento, funde-se com a preocupação sistêmica, então usada como sinônimo para fundamentação filosófica desse mesmo direito, estatal ou da tradição, positivado ou não. Savigny é talvez o mais importante jurista com essas preocupações, que dominavam o pensamento hermenêutico no início do século XIX.²⁷ Sem sombra de dúvida, ao reaproximar a ciência da legislação – como Savigny denominava a jurisprudência ao seu tempo – da filosofia,²⁸ o autor colocou pontos fundamentais para o debate jurídico que o sucedeu, olhando para o sistema.

Savigny pensa sobre esses problemas e seu método se dirige à estruturação sistemática – na ocasião, filosófica – do direito fundado no espírito do povo. Para isso o autor pensa mais nas origens dos direitos e relega a um segundo plano o sistema de imposição de leis positivadas pelo Estado. De onde vêm as leis? Dos institutos jurídicos historicamente determinados, que estão, por assim dizer, subentendidos nas normas. O direito legislado continua não sendo uma opção arbitrária do legislador, ele é a estratificação dos elementos normativos implícitos na sociedade a que se reporta. O legislador é contingente e obedece não ao direito natural, mas às manifestações espontâneas ou tradições históricas do conjunto de cidadãos na vida social e, por isso, podem ser observadas.

O instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito. Não são as regras jurídicas, que no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes – acentua Savigny – são essas regras que, por “abstração” (pág. 11), se extraem “artificialmente” da “intuição global” dos mesmos institutos (considerados “no seu nexó orgânico”) (pág. 16). “Sem prejuízo de toda a

²⁷ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 9-19. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 435-454.

²⁸ Karl Larenz, *idem*, p. 9-10. Franz Wieacker, *idem*, p. 419 e 454.

conformação e elaboração conceitual”, é, pois, “na intuição do instituto jurídico” que as regras encontram “o seu último fundamento” (pág. 9).²⁹

A compreensão do direito ia além das regras lógicas e gramaticais, ela deveria passar pela via da história e do sistema, daí nascendo fórmulas de interpretação que até hoje são usadas como método explicativo dos resultados hermenêuticos antes referidos, conhecidos como interpretação lógica, sistêmica, gramatical e histórica. Entretanto, o grande problema metodológico da teoria de Savigny é que seu conceito de sistema histórico não traduz como o espírito apreende a norma para individualização, nem como dela se volta à norma apreendida pelo espírito. Esta sua concepção de que o direito é na verdade a manifestação do espírito do povo nos institutos, conforme a vivência histórica, não pode ser verificada. Em seus próprios termos ela é ambígua, dado não estruturar o que se propunha: um objeto jurídico típico cognoscível pelo sistema a que pertence.

Puchta enfrenta os problemas deixados pela tese de Savigny, com fortes influências objetivista e lógica, sem abandonar, entretanto, a ideia geral de sistema. Para Puchta sistema permanece um conceito inalterado, “A ideia de ‘sistema’ significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido”.³⁰ Mas aqui o sistema tem uma função preponderantemente lógica. Essa unidade de sentido lógico leva Puchta a sistematizar o direito numa perspectiva formal, que tem como metáfora a pirâmide, porque as partes se ordenam em função lógica com o ápice. “À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito ‘abstrato’.”³¹ O correto é admitir que o conceito no ápice seja fundante, por submissão lógica dos demais que estão abaixo, em um jogo de deduções. Forma-se assim uma pirâmide lógica de conceitos, ordenada para fundar uma logicidade jurídica que vai além do direito natural, mas que não caia na imprecisão orgânica de Savigny. A organicidade dos conceitos está não em sua relação permanente com o centro que constitui seu sentido (no caso de Savigny, o espírito do povo), mas nas relações lógicas entre os conceitos. Puchta extrai seus conceitos por lógica formal de um conceito-chave para ele e estruturante das sociedades burguesas livres então mais aparentes, o direito subjetivo. Da liberdade kantiana, Puchta expõe sua ideia de sujeito de direito – de sujeito ético autônomo – e dos direitos deste homem, o direito subjetivo, direcionado às relações do homem autônomo com suas coisas, excluindo pretensões

²⁹ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 13.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 22.

³¹ Idem, p. 23.

análogas concomitantes. Interpretar é acessar esse conceito-chave nas normas. Mas o pensamento de Puchta, ainda que resolva precocemente o jurídico em suas formas, mantém uma indeterminação de sentido do dever-ser contingente. Só formas não explicam o teor do direito nem lhe dão sentido. Só pelo direito subjetivo não se acessa todo e qualquer conceito jurídico.

Portanto, os problemas trazidos pela passagem do direito natural para o direito codificado levaram à estruturação do conhecimento do direito em bases filosóficas que apontavam para a necessidade científica, estabelecendo métodos de bem interpretar, que oscilavam entre os conteúdos jurídicos historicamente determinados ou as formas do direito, logicamente construídas em torno de conceitos.

Considerando-se que nem todos os Estados estavam unificados, com uma fonte preferencial para falar o direito positivo, ainda permaneciam existentes normas esparsas em diplomas tradicionais, que deviam ser sistematizados ou filosoficamente justificados, na forma científica então prevalente. Nesse ambiente de normas postas ou fundadas sistemicamente (filosoficamente), as regras de interpretação oscilam entre o que o legislador quis dizer e o que a lei por si mesma pode afirmar. O método tradicional está na interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica. Esses métodos não eram explícitos quanto ao papel de fundo sobre a interpretação como constitutiva do direito. Essa era uma questão tangenciada no discurso, mas não enfrentada em toda a sua extensão. Os métodos hermenêuticos não eram explícitos quanto ao que o direito era em função de sua interpretação. Ainda que as funções extensionais (denotativas) e intencionais (conotativas) do discurso jurídico já estivessem presentes nas teorias sobre interpretação, a hermenêutica como se a entende hoje não estava em cena.

O foco do pensamento do século XIX sobre interpretação era construir regras de bem interpretar que fossem científicas. No entanto, as reais possibilidades científicas do método foram colocadas em questão pelo positivismo do século XX, especialmente por Kelsen, conforme será discutido a seguir.

1.3 A ruptura positivista com o método científico hermenêutico – Os métodos hermenêuticos clássicos desenvolvidos no século XIX não apontavam para uma solução jurídica única e permanente, nem com base em um único texto, mas sempre para várias soluções lógicas possíveis. Esse foi o aspecto de irracionalidade da hermenêutica

explorado por Kelsen em sua obra, o projeto positivista mais amplo e abrangente já realizado.³²

Conceber uma ciência positiva liga-se sempre e em qualquer circunstância, no racionalismo que vinha do século XVIII, a não demonstrabilidade dos juízos laudatórios. O que se pode conhecer em termos científicos são fatos causais universalmente válidos e verificados ou ainda juízos analíticos. Valores, convicções ou exigências éticas podem ser importantes de um ponto de vista antropológico, político e histórico, mas não se submetem a um conceito ou significado metodológico universalmente aceitável. Não há causas necessárias para os valores.

Este problema da causalidade jurídica vinha sendo enfrentado, desde o séc. XIX, por um relacionamento abrangente do direito científico ligado a duas causas necessárias, que, em qualquer caso, excluiriam juízos morais, por exemplo, imposição de justiça. A primeira refere-se à causalidade natural do mundo exterior, passível de apreensão pelos sentidos, como os fatos naturais. No direito, esta causalidade liga-se à ideia de causa social: direito é consequência de uma causa social verificada empiricamente e que, portanto, pode ser vista objetivamente por qualquer um. A causa natural preponderante sempre foi mais de feitiço econômico. A segunda relação causal possível é psicológica. Aí a causalidade do direito não é externa ao homem, mas está dentro das motivações internas que o geraram. Estas motivações psicológicas são os dados a partir dos quais o direito se forma e deve ser interpretado. Ambas as causas explicam o fenômeno jurídico de um ponto de vista não jurídico. O impurismo causal é um problema ao qual Kelsen pretende dar resposta, pois dele resultavam duas circunstâncias analiticamente insustentáveis: a confusão do objeto jurídico com outros elementos não jurídicos e a posição do direito como técnica a favor de um fim externo, o que seria contraintuitivo, pelas noções de deontologia jurídica prevalentes desde o início da modernidade. Acatar, por exemplo, a causa econômica do contrato como fundamento do instituto, transpõe a atividade jurídica para a econômica. O direito fala, pela tradição, o dever-ser independentemente de causas finais não jurídicas. Assim, o direito só deve se reportar à

³² Norberto Bobbio sustenta que a teoria positivista do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. “Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora) sua crise.” *O positivismo jurídico*, p. 198. No mesmo sentido, Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 127, em exposição sobre o neopositivismo; Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 683-684, ao expor o neokantismo; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 92.

norma positiva, que estatui o tipo de consequência jurídica esperada, independentemente de outras causas finais concorrentes.

Quanto à interpretação, as causas externas agravariam o problema de indeterminação jurídica, pois as causas sociais ou psicológicas seriam os objetos externos aos quais o direito responderia. As condições de cognoscibilidade do direito estariam, nesse caso, fora dele mesmo, circunstância que macularia de forma definitiva a autonomia crítica do conhecimento jurídico, pois as múltiplas causas externas relativamente indeterminadas levariam ao descontrole muito amplo das respostas possíveis. A causalidade jurídica externa colocava a metodologia do direito em cheque, que nem mesmo poderia responder à pergunta sobre quais caminhos seriam os adotados para a definição de um caso pela norma jurídica, diante da remissão indeterminada não jurídica, como fazia a Escola do Direito Livre.

Ainda quanto à interpretação, encarar a norma como objeto de ciência leva ao problema insuperável da reelaboração do direito pela atividade do intérprete, porque o objeto científico não poderia ser alterado por quem o observa. Aí surgem questões praticamente insuperáveis ligadas à transformação científica da norma em objeto: se ela é um objeto de investigação racional, não poderia ser reelaborada por quem a investiga. Ademais, nesta visão, considerado que o direito como objeto diria algo por si mesmo, haveria necessariamente propostas verdadeiras e propostas falsas, quando, ao contrário, a verdade ou falsidade de uma proposição pode até ser verificada em relação a fatos universalmente verificados, como nas ciências naturais, mas não em relação ao direito que se refaz permanentemente pela atividade do intérprete, diante de casos.

Essas questões são enfrentadas pelo positivismo jurídico de Kelsen. Sua tese mais fundamental é erigir uma ciência jurídica pura e autônoma, afastada de qualquer elemento não jurídico. E o direito é dever-ser, cujos conteúdos não são passíveis de conhecimento científico. O resultado é uma teoria baseada exclusivamente nas formas do direito. A descrição do direito passa a ser sua estrutura formal, baseado na hipótese de conhecimento do fenômeno social jurídico. Para isso, Kelsen não se afasta do pressuposto reflexivo geral das ciências, de separação entre sujeito e objeto, observador e coisa, tentando descrever o direito como ele é. Se o jurídico tem uma função lógica diferente dos fatos passíveis de descrição científica, o objeto jurídico não se resolve logicamente, jamais, em seus próprios termos, mas somente em suas formas.

Entretanto, as possibilidades descritivas do dever-ser pela forma são extremamente limitadas. Descrever o dever-ser do direito é descrever algo diferente do ser, o que não tem consistência lógica, porque na descrição científica, necessariamente, afirma-se algo objetivamente válido. Seguindo essa concepção, o que é objetivamente válido no direito é o que suas estruturas afirmam como tal. Mas elas afirmam, potencialmente, qualquer conteúdo, visto que este não é passível de verdade. Assim, em Kelsen, a tarefa da interpretação não passa de um teste de verdadeiro ou falso sobre a validade formal da norma. Sobre o conteúdo, no fundo, não há método nenhum cientificamente seguro e, por isso, as críticas positivistas às possibilidades hermenêuticas construídas no século XIX não levam a novos postulados ou à superação dos antigos cânones. Kelsen sustenta, para manter-se firme em seus propósitos, que a interpretação não tem verdade científica fora do contexto da decisão e da produção de normas.

Essas limitações extremas do positivismo jurídico kelseniano, quanto à efetiva viabilidade científica da atividade hermenêutica do direito, estão fundadas em um dado mais ou menos intuitivo em sua obra e que remonta a Hume,³³ sobre a normatividade como uma categoria lógica fundamentalmente diferente do ser. Com base em uma interpretação exclusivamente semântica e sintática de Hume, Kelsen vê a possibilidade de separar rigidamente o ser do dever-ser e deste conceito, relativamente intuitivo em sua obra, ele constrói a ideia do conhecimento jurídico puro ou racionalmente autônomo. Quanto ao teor, a atividade do intérprete nunca descreveria o direito como ele é, mas limitar-se-ia a afirmar como o direito parece ser. O ser jurídico seriam as formas e estruturas. Os conteúdos dependem da autoridade que pode afirmar o direito.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. expõe o problema como o desafio kelseniano.³⁴ O desafio traduz-se no apontamento da impossibilidade de interpretar o direito de um ponto de vista científico, pois da normatividade mesma não se extrai o que é o direito, mas somente como as ações devem ser ou como a regulação jurídica trata normativamente a

³³ A lei de Hume influenciou amplamente o círculo de Viena, ao qual Kelsen se ligou e se baseia na hipótese que afirma que o ser jamais se transmuta em dever-ser, nem o dever-ser decorre logicamente do ser e está baseada na seguinte reflexão de Hume: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. David Hume, *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais, p. 509.

³⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, p. 261-263.

ação a ela vinculando consequências. Por isso, não haveria atividade descritiva no direito, dado que descrever é dizer o que é. Mas um dever-ser jamais se transmutaria em ser. Daí Kelsen colocar como autêntica somente a interpretação de autoridade competente para dizer a norma e adjudicá-la e não a interpretação elaborada por quem formula opiniões sobre a norma.³⁵ Kelsen não despreza o fato de que a interpretação não autêntica possa ser mais correta do que a de fato tomada na decisão de um caso concreto por autoridade competente. Seu problema é outro. Por coerência, ele não pode se afastar da premissa de que mesmo incorreta – ou fora da moldura estabelecida pela normatividade posta³⁶ – a interpretação é autêntica simplesmente porque prevalece, pois manifestada por autoridade apta pela lei a dizer o direito.

O problema hermenêutico é assim resolvido tendo em mente a estrutura formal do ordenamento e não seu conteúdo. A solução é marcadamente decisionista e atribui, quanto à interpretação, um papel prevalente à autoridade competente para afirmar a solução de cada caso, assumindo que, se não há verdade científica entre as muitas soluções possíveis, qualquer uma qualifica-se como correta, desde que tomada por autoridade competente. Basta então ao direito afirmar o processo pelo qual a decisão deva ser produzida, e a autoridade que a pode adjudicar ou escolher. O direito é o dado, é a faticidade jurídica evidente, que fala o dever-ser, mediante os termos das fontes reconhecidas, no caso de Kelsen, a lei. A validade é o critério fundamental para reconhecimento do direito. Existente é a norma produzida segundo os critérios corretos de produção, independentemente do que o direito assim reconhecido afirma.

A correção do conteúdo da premissa e sua consequência lógica na produção jurídica são, no máximo, sentidas pela consciência individual do intérprete, que buscará soluções mais adequadas, reelaborando o direito, ainda que por extrapolação dos limites de decisões certas possíveis. Por isso, ainda que o senso de correção fosse intuitivo ou uma questão de sentimento de cada intérprete, o fato é que o impasse se resolvia por um sentido do direito correto, que o intérprete já dava à norma posta perante o caso. Em síntese, mesmo na radicalização do purismo positivista kelseniano, a interpretação jamais esteve completamente fora das preocupações jurídicas. As questões hermenêuticas em Kelsen não são de caráter intransponível, porque a decisão cabia à autoridade produzir pelos meios formais previamente dados.

³⁵ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 387 e ss.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 272.

Essa é uma solução limitada. Ela não pensa em conteúdos estruturalmente corretos, porque objetivamente não conhecidos. A justiça seria, pela via do direito posto, apenas uma consequência desejável pela consciência do aplicador. Kelsen tentou elaborar uma teoria descritiva do direito; ele pretendeu afirmar que o direito verdadeiro é o direito dado por forma correta. As formas e não os conteúdos são as matérias tipicamente jurídicas. Por isso, para as teses positivistas em geral e para a kelseniana em particular, a interpretação é cognoscitiva: “interpretar é acessar o significado objetivo dos textos normativos”.³⁷ Mas esses significados objetivos são vários e, por isso, a questão colocada por Ferraz Jr. como o desafio kelseniano é conceitual e volta-se para a possibilidade lógica de falar sobre o direito algo mais do que opiniões.

O problema foi exposto pelo realismo jurídico e explorado na segunda metade do século XX para refazer a jurisprudência, tarefa ainda por ser concluída. As preocupações mais evidentes do conhecimento jurídico hoje caminham na direção de ultrapassar as barreiras lógicas muito rígidas entre o ser e o dever-ser, construindo caminhos mais seguros para o influxo dos fatos nas articulações jurídicas. Esse é o aspecto em que economia dialoga com o direito mais claramente. Além dos fatos, mas sempre explorando possibilidades de transformação social, o direito caminha para elaborar-se de um ponto de vista axiológico, pelo qual os conteúdos jurídicos devem ser adequados ou justos. O diálogo é, neste caso, com a moral. As duas aberturas do direito posto ocorrem pela hermenêutica, para que o direito interfira na realidade social. A função social da jurisprudência será explorada a seguir.

1.4 A justificação social do direito pela hermenêutica – Se o normativismo kelseniano restringe verdade à tarefa de interpretação, em função das várias respostas lógicas possíveis. O realismo jurídico criticava essa visão postulando que direito posto é direito eficaz. A eficácia normativa determinava a existência do direito, e não a estrutura de validade. Portanto, direito é o que se poderia observar como direito existente por meio de decisões. Para o realismo, a ideia de interpretação positivista apresentava um problema elementar, relacionado à eficácia. Ao afirmar o direito existente como o direito produzido corretamente, o positivismo reduzia a ontologia jurídica a uma possibilidade de conhecimento em tese da norma, mas sobre a qual nada poderia ser dito de concreto. As descrições positivas eram, no fundo, sobre categorias lógicas indescritíveis como verdades

³⁷ “Interpretare è accertare il significato oggettivo dei testi normativi.” Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, p. 215.

científicas, fora de suas formas. Por isso, como não há no positivismo nenhum predicado jurídico verdadeiro para os conteúdos, a jurisprudência estava constricta em termos pouco ou nada factíveis.

Ao enfrentar o problema sobre a cientificidade do direito, questão de fundo que restou inconclusa pelo positivismo, Santiago Nino parte das críticas realistas ao normativismo kelseniano, mas acrescenta a tese de que direito e ciência só podem ser assimilados nos usos linguísticos, e não na visão positiva da norma posta, seja pela perspectiva preponderante da validade positivista ou da eficácia realista.³⁸ Para Nino, se a ciência jurídica fosse puramente normativa só por se referir a um dever-ser, então ela jamais seria descritiva, ela não falaria o que é o direito. No entanto, os realistas pecavam, por seu lado, quanto à ênfase no direito eficaz, sem afirmar se ele seria o correto ou não. Um e outro ponto reduzem demasiadamente a utilidade da atividade do jurista e afastam-se do que de fato eles fazem. Ao enfrentar os problemas propostos pelo realismo e pelo normativismo de Kelsen, Nino recorre à ideia de ciência jurídica em um contexto linguístico ou em seu contexto de uso social.

Para Nino, não há estrutura de conhecimento jurídico fora do uso do discurso do direito, em clara referência pragmática,³⁹ pela qual a linguagem cria seu próprio âmbito ou contexto compreensivo. Isso significa dizer que a referência externa de eficácia como propunham realistas e validade formal do positivismo diminuem seu peso. O direito depende mais do uso e do contexto de língua do que de dados reais observados ou de estruturas lógicas. Para o pragmatismo, ou na circunstância em que a conotação é forte, a linguagem enfraquece o externo e a forma como condições de verdade, mas ao externo e à forma como experiências linguísticas. O objeto jurídico fora da linguagem em uso que o especifica torna-se vazio de sentido.⁴⁰

Os problemas apontados por Nino merecem ser precisados num procedimento de reconstrução de suas ideias. Pragmaticamente, ciência é um termo ambíguo, porque aponta para coisas muito diversas, como medir, estruturar leis, derivá-las. Por outro lado, as condições para que uma atividade seja vista como científica vinculam-se à demonstrabilidade de suas conclusões e à possibilidade idealizada do conhecimento.

³⁸ Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 325.

³⁹ O expressivismo linguístico antes exposto é apropriado para contrastar, como faz Charles Taylor (notas 17 e 18 acima), com as teses designativas (realistas ou nominalistas) da língua. A pragmática tem um forte apelo para distinguir as funções semânticas e sintáticas do discurso, em relação às situações linguísticas dependentes de contexto. L. Kirkham, *Teorias da verdade*, p. 111 e 117-128.

⁴⁰ Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão*, p. 28-38.

Assim, se a ciência aponta para muitas atividades e formas de conhecimento e se estas atividades e formas ligam-se a alguma coisa problematizada na mente, não há, na realidade, qualquer objeto ou atividade que seja de fato cientificamente verdadeiro. Existem problemas que são apropriados pela práxis, pela experiência, que os constituem como objeto a ser visto por um método específico. Há no termo ciência, portanto, uma circularidade que, em qualquer circunstância, recria idealmente seu objeto e seu método. Ao impor certas condições para suas próprias conclusões, apontando para coisas muito distintas, do ponto de vista do método, “a constituição do mundo científico propõe uma tarefa própria, a saber, a tarefa de esclarecer a idealização que se dá na consciência”.⁴¹ Esclarecer esse ideal depende de especificações sobre como o objeto foi constituído para apossamento pela razão do sujeito que o reconhece em termos científicos.

Quanto ao direito, esta ambiguidade é ainda mais profunda, porque as discussões jurídicas poderiam ser infinitas, dados os pressupostos problemáticos sempre presentes, com repercussões significativas nas conclusões. Assim, tanto o método jurídico quanto suas conclusões são vistos fracamente como científicos, pois o apossamento do objeto jurídico por um método científico poderia ter – e de fato teve ao longo do século XX – forte tendência ideológica à dominação, o que, em várias circunstâncias, reduziriam o direito à força, aniquilando-o.

Nino supera esses problemas, afirmando que provavelmente a atividade que os juristas realizam de fato encontra-se na zona de penumbra de aplicabilidade do termo ciência.⁴² Ao predicar do dever-ser algo, os juristas constroem um conhecimento linguístico compatível com os termos normativos em função de um fim. Portanto, a causa final qualifica a interpretação ou, falando de maneira mais simples, não havendo no direito um objeto predefinido de fácil assimilação pela consciência, a interpretação gradua-se teleologicamente. Direito posto e atividade interpretativa são, nestes termos, complementares por referência à efetiva possibilidade de aplicação, justificação e decisão.

A inclusão da atividade dos juristas na conotação do termo ciência pressupõe uma ciência estipulada. A inclusão é estipulativa no sentido de que nesta atividade não se reúnem as condições necessárias ou em grau suficiente para que a jurisprudência estivesse no centro do que o termo ciência denota, segundo seu uso na linguagem natural e corrente. Em outras palavras, a atividade dos juristas não contém todos

⁴¹ Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método I*, p. 347.

⁴² Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 319.

os elementos típicos para solver de forma intuitiva a idealização na consciência de seu objeto (normas observáveis) e de seu método (lógico-hermenêutico).

A definição do direito como ciência estipulada pragmaticamente, por referência ao fim que se lhe pode atribuir, interfere na interpretação jurídica a partir dos termos tradicionais do próprio direito,⁴³ dado inexistir qualquer condição de verdade objetiva sobre o que e como interpretar. Repetindo, a atividade jurídica é fracamente científica porque não coloca de forma clara como tratará qual coisa. Daí a necessidade permanente de recorrer aos próprios termos tradicionais do direito, para construção de seu método.

Nesse sentido, para a interpretação, são relevantes todos os argumentos usados e dos quais haja possibilidade inferencial mínima. Aí se pode recorrer ao conhecimento tradicional sobre interpretação. E a tradição diz que se o que se interpreta, se aquilo ao qual o jurista atribui sentido, são os termos da comunicação obscuros ou não claros, conforme determinam as máximas *in claris cessat interpretatio* e *clara non sunt interpretanda*, então o reconhecimento da clareza ou obscuridade é quase que dado imediatamente pela consciência. Mas isso depende de um contexto de uso e não exclusivamente de qualidades inerentes ao texto. O importante aqui é que, diante de certos termos ou diante de certa situação normatizada, surgindo a pergunta sobre significado, então não há clareza. Mesmo em situações aparentemente claras, é possível afirmar que o que se busca no direito é uma aplicação contextual, no tocante ao caso regulado ou à situação discutida. Na ausência de clareza, o intérprete dialogará com a tradição e sobre ela formará novas possibilidades, que se projetam para o futuro.

Entretanto, a questão é a existência de pontos em que, mesmo na presença de todos os conhecimentos fáticos e linguísticos necessários, não é possível, em linguagem natural, utilizada pelo direito, uma interpretação totalmente convincente. E isso é um dado relativamente corriqueiro na prática jurídica. É que, diante da situação regulada, os termos legais são vagos e imprecisos, contextualmente falando. Há casos em que, aparentemente, não haveria uma única solução possível. Diante de tais situações, em que o texto normativo não se coaduna de forma clara com a situação pretensamente normatizada e em que a certeza dos fatos tampouco sugere uma solução unívoca, verifica-se que a interpretação é, em realidade, sempre incessante. Sobre o direito, mesmo interpretado, pode-se afirmar algo

⁴³ Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão*, p. 350 e ss.

novo,⁴⁴ que não estava presente no texto interpretado, ao menos de forma evidente. A reivindicação é de que a compreensão correta de normas diante de casos reais é sempre possível. Ela será levada a efeito pelo conhecimento jurídico, que, ao interpretar a norma, colocará predicados aceitáveis, não só conforme critérios estruturais de validade ou reais de eficácia, mas também em termos de adequação ou justiça.

O desvendamento do direito correto é a tarefa da atividade interpretativa, que opera em parâmetros de linguagem e não conforme objetos normativos empiricamente verificados. Essa tarefa pode não ser conforme uma verdade científica em sua acepção forte. Ainda assim, o conhecimento jurídico apresenta função social semelhante àquela desempenhada pelas ciências naturais, porque é capaz de interferir na realidade social. E a função social do direito será tão mais bem-sucedida quanto forem adequadas e corretas suas conclusões.

O direito pode ser visto então como instrumento de transformação social. Ele é um instrumento eficaz para veicular as diversas reivindicações sociais, funcionando concomitantemente tanto como um processo quanto um resultado. Pelo processo discutem-se os anseios sociais em jogo, por casos concretos ou por discussões gerais, sobre a constitucionalidade de leis, por exemplo, conformando-os no consenso. Desta forma, o direito teria uma justificação proporcional ao seu desempenho na atividade social. Há nessa acepção um cunho de instrumentalidade do direito em função do *telos* social: direito serve para algo, que está fora dele mesmo. A escolha desse algo é uma discussão filosófica interna do direito e externa, situado na política. A discussão aponta, em qualquer caso, para a necessidade de reintegrar o direito ao homem, sujeito ético construtor do direito, que o aprecia criticamente pela justiça, e a impossibilidade de separação rígida entre estrutura, conteúdo e função, tudo a ter influência marcante na interpretação, ainda que de forma controlada.⁴⁵ A marca dessa influência é a reconstrução do direito de forma significativa por seus supostos éticos de justiça, tomados como realidade substantiva do

⁴⁴ Karl Larenz, com fundamento totalmente diverso, tem, no resultado, conclusões semelhantes. *Metodologia da ciência do direito*, p. 439-444.

⁴⁵ “Na realidade, o processo hermenêutico muito embora adquira maior raio de ação, inclusive pelo reconhecimento da criatividade do intérprete nos casos de lacuna do sistema, tem a balizá-lo a estrutura e o contexto das normas *in actu*. Por mais que a interpretação possa tirar partido da *elasticidade normativa*, preenchendo os vazios inevitáveis do sistema, deve ela manter sempre compatibilidade lógica e ética com o ordenamento jurídico positivo, excluída a possibilidade, *verbi gratia*, de recusar-se eficácia a uma regra de direito positivo a pretexto de uma colisão com ditames de uma *justiça natural* ou de uma *pesquisa sociológica*. Não se pode, em suma, recusar eficácia às estruturas normativas *objetivadas* no processo concreto da história, sob pena de periclitir o valor da *certeza jurídica*, ao sabor das interpretações que refletem, não raro, posições subjetivas variáveis e incertas.” Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, p. 110. (Grifos originais)

direito. Mas o valor moral da norma jurídica, sua adequação, está em relação com os fatos sociais. E esses podem ser diretos, como se apresentam nos casos submetidos à decisão, ou fatos estruturados pela ciência social, como no caso da economia ou da sociologia.

Assim se assinala o significado moral do direito na concreção hermenêutica e também o sentido concreto da relação do direito com o ser social: direito expressa um dever-ser ou um mundo possível estruturado sobre a realidade ou sobre a vida. Nesse sentido, tanto o ser quanto o dever-ser são referentes à mesma coisa: a realidade, que aceita ou rejeita certos cursos de ação, por meio de argumentos justificados. Por isso, além da separação lógica supostamente intransponível entre o ser e o dever-ser, há a realidade do direito correto, expectativa social de um mundo possível cujo valor foi escolhido. Essa realidade reporta-se às formas e aos conteúdos corretos ou justos. Sem eles, o direito seria um jogo de arbitrariedades e perderia sua função linguística. A correção do conteúdo e da forma do direito é conformada pelo sentido moral subjacente à norma. A atividade hermenêutica terá sempre por referência esta moralidade, que dá o sentido final aceitável da norma. Tércio Sampaio Ferraz Jr. assinala que “a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha sentido”.⁴⁶ O reconhecimento dos padrões morais concessivos de sentido à norma é uma função transformadora da atividade científica do direito e a justifica socialmente pela hermenêutica.

Este capítulo expôs uma forma não metodológica de encarar a interpretação jurídica, recorrendo à hermenêutica. Afirmou-se que a compreensão é constitutiva do direito, tendo por referência a exigência moral de justiça, fundamento último da decisão jurídica, capaz de colher assentimento racional no ambiente democrático. No próximo capítulo, discorre-se sobre a forma argumentativa de acessar o significado da norma, constituindo-a. Será especialmente relevante discorrer sobre o papel das consequências na construção de argumentos, dado que resultados esperados das decisões compõem a preocupação mais evidente das expectativas econômicas.

⁴⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 359.

CAPÍTULO 2

A PAUTA HERMENÊUTICA JURÍDICA, CONSEQUÊNCIAS E ARGUMENTAÇÃO

O direito explicado nas suas comunicações próprias implica, para além de uma postura geral tratada no capítulo precedente, aspectos similares ao método, que aqui serão discutidos. Da postura hermenêutica deve aparecer uma pauta que justifique a compreensão. Essa pauta é a especificação mais detalhada das articulações de pensamento no direito, feitas por argumentos. A construção de argumentos justificados é aquilo que mais se aproxima da razão jurídica contemporânea.

E, sendo o direito uma forma privilegiada de especificar o justo, o adequado, o correto, o método jurídico tem que apresentar soluções sobre como valores compõem a sua concretização. O conhecimento atual aponta para argumentos baseados em princípios, em um projeto ligado à tópica e não à lógica formalizada. Os argumentos principiológicos remetem aos objetos normatizados de maneira aberta, sem especificações analíticas muito precisas.

De outra parte, para ser justo, o direito fala amplamente da realidade normatizada, em remissão infundável a um sem-número de aspectos sociais relevantes, articulados como uma rede de fatos e normas. Daí poder afirmar que os desdobramentos de uma hermenêutica jurídica são muito extensos e levam à estruturação de formas argumentativas, passando pela analítica da linguagem jurídica e chegando aos problemas filosóficos mais gerais, relativos à própria essência do direito como assinalado antes.

Por isso, a razão jurídica deve se restringir aos aspectos relevantes para o trabalho. A forma específica da argumentação jurídica que se quer aqui discutir é aquela feita em função de consequências, ponto gravitacional do julgamento econômico sobre o agir. Como o direito tem efeitos sobre a economia, aspecto mais importante da análise econômica do direito aqui em estudo, reflete-se neste capítulo sobre a maneira pela qual os resultados econômicos previsíveis do direito influem na interpretação. O problema focado é sobre o papel das consequências na hermenêutica e dela na construção de argumentos jurídicos corretos.

2.1 Modelo para interpretação: elementos atribuídos ao direito pela dogmática

hermenêutica – O problema tipicamente hermenêutico jurídico, como antes dito, é trazer à existência a norma em uma interpretação adequada. Nas palavras de Larenz, “‘interpretar’ é, como tínhamos dito (cap. I, em 3a), uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.¹ Mais especificamente, “‘interpretar’ um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a ‘correta’”.² Larenz afirma aí algumas das coisas sobre as quais se discorreu de modo mais detalhado antes: a interpretação não tem um método privilegiado nem ocorre diante de situações predeterminadas. O direito apresenta ou não dificuldades ao intérprete de forma intuitiva e não lógica. Diante, por exemplo, de um jovem de 15 anos que furtou um objeto, o juiz não argumentará sobre alguma possibilidade de criminalização pelo Código Penal, mas será levado, quase sem argumento, ao Estatuto da Criança e do Adolescente para apreciar o caso. No entanto, diante de notas fiscais falsas, usadas por um comerciante em recuperação judicial, para reduzir seu lucro, de maneira a fugir de um compromisso contratual, o juiz poderá deter-se sobre qual efeito jurídico da ação deve ser apreciado em primeiro lugar. Um único curso de ação – dedução de receita por operação comercial inexistente – tem influências processuais na recuperação, penais quanto ao falso ideológico e tributárias quanto à sonegação de tributo.

O desenvolvimento do problema hermenêutico jurídico depende de sua colocação inicial, de maneira emergente para o próprio intérprete, que o intui, o especifica e busca então soluções significativas. Esse procedimento é constituído por argumentos, expressos em língua natural, que têm que ser consistentes de pontos de vista interno ao próprio argumento (encadeamento lógico-dedutivo das idéias) e externo (reflexos da interpretação na realidade), incluindo projeções para fora do caso.

O procedimento jurídico tende ao fim (resultado) conforme se esgotem os argumentos interna e externamente consistentes. Três passos gerais descrevem como se erigem tais argumentos, diante de problemas de sentido: a emergência do problema hermenêutico, pelas dúvidas ou perguntas suscitadas; a mediação entre caso concreto e norma, feita de forma preponderantemente analítica, e finalmente as articulações das soluções possíveis por meio de argumentos, inclusive consequenciais.

¹ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 439.

² Idem, *ibidem*, p. 283.

O primeiro dos aspectos acima – a emergência do problema hermenêutico – refere-se às condições em que o texto e o caso são problematizados. Ele se resolve pela pré-compreensão da norma e do caso, e passa só depois à analítica das proposições lingüísticas envolvidas. Na prática, o passo sobre o que é duvidoso apela para um dado intuitivo da consciência do caso e da norma. No exemplo antes citado, do jovem que furtou um objeto, a questão hermenêutica poderia aparecer se o jovem tivesse furtado alguma coisa para comer. Nesse caso, as circunstâncias poderiam modificar o texto, de modo a afastar qualquer infração, pela interferência da construção do furto famélico.

O segundo dos aspectos – a mediação estrita – refere-se ao confronto lingüístico das proposições jurídicas problematizadas diante do caso. A mediação consiste em uma aproximação de casos decididos e novos, por raciocínios analógicos, e pelo que se costuma chamar de subsunção ou de adequação lingüística entre casos e normas gerais, em um processo aproximadamente silogístico. Sobre mediação, ainda no mesmo exemplo do menor, haveria uma reconstrução do caso a partir da norma e desta até o caso. Se se tratasse de subtração provada de um alimento, cujo proprietário encontrasse em poder de um jovem abandonado faminto, haveria possibilidade de que a regra de subtração entrasse em confronto de sentido com a norma que determina dever de cuidado para com o jovem abandonado. Neste procedimento, prevalece primeiramente a racionalidade de reconstrução de uma ocorrência passada, que pode ser mais ou menos problemática. Nela se estabelecem as relações de causalidade entre ocorrências e os termos normativos, delimitando a matéria e como ela será interpretada, e, ainda, como se combinam textos legais para resolvê-la.

O terceiro problema apontado – os argumentos – é o da formação dos motivos que justifiquem um caminho ou outro e que legitimem ou fundamentem a decisão. No mesmo exemplo do menor, a fome poderia ser associada a uma excludente de ilicitude evitando a aproximação daquela subtração específica ao tipo ilícito subtração de coisa alheia móvel. Sobre os argumentos incidiriam primeiramente razões de consistência interna³ e também razões morais de justiça, como concessores finais de sentido, indicando para a construção argumentativa em torno do conceito de igualdade formal entre casos análogos, corretamente decididos. Com argumentos internamente consistentes, ficam

³ Neil MacCormick afirma que, primeiramente, o direito constrói-se por argumentos internamente consistentes, por justificativas de primeira ordem, de forma a conformá-lo à justiça formal (tratar a todos de forma igual em relação ao texto de lei). Neil MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 93 e ss. Só a argumentação consistente em termos de deduções de premissas postas se qualificaria como válida, na justificação de primeira ordem de MacCormick. Manuel Atienza, *As razões do direito*, p. 39-40 e 128-132.

assegurados, ao menos, que casos iguais tenham solução igual. Com a exigência de justiça, a reivindicação é mais ampla, pois estar-se-ia invocando correção e não só validade.

Quanto às consequências externas justas, ou quanto à interferência da decisão no mundo real de maneira adequada, é preciso afirmar que a solução, como modelo comunicativo, baseia-se sobre argumento com um sentido final justo para ser racional e, portanto, aceitável. Sem que haja concordância sobre o acerto de uma compreensão, não se a pode ter como ingressa no âmbito do direito propriamente dito.⁴ O correto, por seu turno, depende das consequências implicadas na compreensão e que a projetam para fora do caso, pois o justo é um termo moral que se relaciona à filosofia prática. Há possibilidade, por exemplo, de que algo seja consistente dentro de um entendimento normativo fundamentado e, ainda assim, traga consequências desastrosamente injustas na realidade. Também certas consequências desejáveis podem parecer totalmente desvinculadas de premissas literais corretas. Por exemplo, criminalizar por receptação uma pessoa que adquire um produto furtado em uma banca de rua onde se encontram inúmeros produtos furtados semelhantes à venda traria ao sistema penal uma pressão moral e financeira inadequada, embora a criminalização fosse aparentemente correta, nos estritos termos legais. A pressão decorreria da necessidade de apenar todas as condutas semelhantes, a prejudicar o orçamento público, com a desvantagem de não tornar a criminalização em real oportunidade de prevenção geral e readequação social da pessoa que adquiriu o bem. As consequências justas ou injustas de um argumento preponderante qualificam a decisão correta, no sentido de que o entendimento conforma-se ao real e não só à hipótese puramente normativa. No entanto, é difícil afirmar o que seja um argumento justo diante de um caso e, por isso, ao justo se retornará na seção quatro logo abaixo e também no último capítulo. Por ora, centra-se a atenção nos argumentos internamente consistentes, aspecto mais simples e tradicional da operação jurídica.

Em princípio, no direito, a argumentação deve seguir internamente um critério deontológico,⁵ forma comum de articular os aspectos lógicos do direito. O dever-ser é deontológico porque se estrutura sobre o permitido (possível), o obrigatório

⁴ O positivismo de Hart já admitia que o direito, na perspectiva interna de quem participa dos esquemas comunicativos jurídicos, não prescinde de uma moralidade básica ou da aceitação da norma como razão suficiente para o próprio agir. Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, p. 99-100.

⁵ “A explicação está certamente na plausibilidade do seu princípio, pela primeira vez expresso por Leibniz. De acordo com ele, a lógica das normas é um caso especial da lógica modal: a lógica das modalidades ‘morais’ ou ‘práticas’. O permitido é o moralmente possível, o proibido é o moralmente impossível, o prescrito é o moralmente necessário”. Lothar Philipps, *Teoria das normas*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 353-364.

(necessário) e o proibido (impossível), pelo texto normativo ou a regra, cuja imposição independe de conseqüências externas. Pela deontologia, a correlação entre premissa e sua conseqüência lógica no direito se dá puramente em termos de isolamento do fato observado e sua conformidade ou desconformidade com a norma, daí aplicando-se ou não a sanção, efeito jurídico imediato. Neste sentido, a deontologia cria dificuldades com os operadores lógicos, pela forte remissão ao conceito de possível. Se algo é possível não quer dizer que seja necessário. Assim, a afirmação *Machado de Assis e Fernando Pessoa se ocuparam de economia*, embora pareça correta pelas investigações atuais, não significa necessariamente uma verdade (como a lógica reivindicaria), mas uma contingência tida como verdade, o que logicamente é bastante diferente. Basta imaginar a seguinte frase para contrastar: *todo caderno é de papel; há um caderno sobre a mesa; há um objeto de papel sobre a mesa*. Neste caso há uma verdade necessária, a partir de premissas. Na lógica modal – da qual a deontologia é parte –, os operadores “deve” e “possível” criam, portanto, inferências contraintuitivas, consistentes em várias formas válidas, mas conflitantes, de fechamento das proposições. Por exemplo, no caso do interesse de Machado e Pessoa por economia, poderia haver as seguintes proposições válidas (admitindo que os dois escritores tinham sempre os mesmos interesses): Machado e Pessoa não se interessavam por economia, embora tenham dela se ocupado; Machado e Pessoa eram economistas autodidatas, pois se ocupar de economia é tarefa exclusiva para quem gosta do assunto; Machado e Pessoa interessavam-se ocasionalmente por economia e, quando se interessavam, dela se ocupavam.

Todas essas ambiguidades poderiam ainda se recombinar a outros mundos possíveis, por exemplo, aquele em que Machado e Pessoa eram juristas diletantes autodidatas. Mas o fato de uma proposição não ser necessariamente verdade em sentido estrito não significa que seja ilógica nem desarrazoada. Pode-se falar, na linguagem natural (não em linguagens formalizadas), com a mesma extensão significativa, tanto em algo necessariamente verdadeiro, como algo que é, quanto em algo possivelmente verdadeiro ou como algo que deve ser. Nesse sentido, o direito opera com uma forma lógica que se reporta a um estado real de coisas contingente em relação à regra, mas em um mundo necessariamente atual (da regra e do caso concomitantemente), representação de um dos muitos mundos possíveis.

Assim, para abreviar a discussão sobre argumentos deontológicos, que, a partir deste ponto, deixaria de ter sentido, imagine-se o seguinte caso simples: um marido

foi condenado pelo homicídio de sua mulher. Isso significa que, no mundo atual, tanto o marido quanto a mulher existem; que o marido desencadeou, por suas ações, eventos tais que se ligam, em termos de relações causais, à morte da mulher e que há uma regra que sanciona o homicídio. Há, além disso, um mundo possível, tido juridicamente como correto, em que o marido, nas mesmas circunstâncias, não teria matado a mulher. No direito então o que é lógico o é primeiramente em termos deontológicos e está sempre relacionado à existência (validade) de uma regra que deve ser interpretada diante do caso, regra essa aplicável a todos os casos semelhantes. A deontologia, então, não dispensa a interpretação da regra e da conversão linguística do caso em termos compatíveis com a regra.

E na interpretação, todo e qualquer motivo para a ação humana pode ser considerado nos termos normativos, porque, de um ponto de vista estritamente lógico, todo agir é passível de qualificação deontológica, como certo, errado ou obrigatório, e as consequências são aquelas previstas na norma, como sanção ou prêmio. Neste aspecto, o direito não se afasta do ponto comum à moral, de justificação permanente de toda e qualquer ação. O que importa no caso do direito é a predicação que se pode fazer da ação em termos de regras orientadas por valores. Neste sentido, o correto é o que deontologicamente assim se qualifica, internamente, no próprio âmbito da ação e da norma, conforme argumentos construídos de maneira estável e previsível. As aberturas deontológicas fecham-se, portanto, por argumentos especificadores da relevância de certos aspectos em relação a outros, até que o possível deixe de ter a força inicial e se transforme em necessário. Para esses fechamentos, existem operações que facilitam a interpretação e a construção dos argumentos.

Uma delas é a hipótese metodológica da subsunção, pela qual a premissa menor é remetida à premissa maior, da qual se extraem as consequências jurídicas determinadas pela hipótese normativa e aplicáveis à situação verificada. A subsunção jurídica, no entanto, tem também falhas lógicas, ligadas à idéia de que do enunciado normativo não decorrem necessariamente as qualificações necessárias à configuração normativa concreta. O direito determina um dever-ser que não remete logicamente ao caso de forma imediata, porque caso e hipótese geral estão em graus distintos: o primeiro como fenômeno real contingente e o segundo em uma formulação geral exprimindo uma expectativa. Este último fala de todos os casos e aquele, do particular, que só pode ser remetido ao plano geral por outras tantas atribuições. Se a hipótese normativa diz que

subtrair coisa alheia móvel é punível, a subtração que alguém praticou sob certas circunstâncias (um acontecimento real) só pode ser levada à hipótese geral após uma conexão de sentido pela qual se atribuem certos elementos ao caso, por exemplo, a de que todo *e qualquer um* que subtrair deve ser punido, independentemente de que todos os demais casos análogos serão de fato punidos⁶. Além disso, seria necessário adequar as circunstâncias específicas do caso à generalidade da norma abstrata, o que implica reduzir os termos da realidade observada e especificar a norma geral, ambas as aproximações feitas por processos não propriamente lógicos. Na realidade, também a subsunção especifica o caso real e a generalidade da norma, para torná-las compatíveis. Essa é uma tarefa eminentemente construtiva, a partir de parâmetros fixos, como o texto legal pré-conhecido.

Exatamente por essas aberturas lógicas do método subsuntivo é que prevalece na hermenêutica o círculo hermenêutico. A ideia postula que fatos e hipótese geral partem de pré-compreensões presentes no intérprete. A norma geral concretiza-se em conexão de sentido com o caso em uma construção. O intérprete inicia seu reconhecimento, no exemplo antes citado, que furtar é proibido e que há um caso de aparente subtração de alguma coisa diante dele. Para interpretar caso e texto, o intérprete já conhece a norma que sanciona subtração coisa alheia móvel e vai do caso ao texto e do texto ao caso, arrazoando a norma específica para a ação concretamente verificada e transformada em função linguística comparável à norma abstrata. O procedimento ocorre em círculos, pelos quais as ideias se vão afinando, até uma conclusão fundamentada sobre a conformidade ou desconformidade do caso à norma e em que termos e justificativas a conformidade ou desconformidade ocorrem.

A construção de sentido tem, assim, uma teoria de equiparação fato e valor: eles são análogos, na medida em que passíveis de recondução a uma razão jurídica comum, lingüisticamente articulada por argumentos. Prevalece, nesse caso, a hipótese de que a norma abstrata não é nem pode ser inequívoca, pois destinada a uma gama infinita de situações, as quais, por sua vez, especificam-se na contingência. A recondução da realidade à norma e desta ao caso é o escopo hermenêutico fundamental.

As formulações do direito que permitem essas passagens estão na dogmática jurídica ou no estabelecimento de padrões pelos quais as premissas não entram em discussão, pois a elas se adere de forma relativamente não problemática. Como a

⁶ Sobre as questões lógicas da subsunção, ver Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 75-105, especialmente p. 81-83.

prescrição geral é que delimita o reconhecimento das ações reais respectivas, iniciando uma espécie de cadeia significativa, o direito preocupa-se, num primeiro plano, em afirmar qualidades dogmáticas ao texto abstrato.

Santiago Nino discorre sobre a dogmática atual com base em uma adesão ao direito positivo ou adesão dogmática à obrigatoriedade do direito positivo. Ele parte de um conceito sobre o que seja dogmático. “Uma crença dogmática se funda exclusivamente na convicção subjetiva ou fé, daquele que a sustenta, à margem de considerações racionais.”⁷ Embora a crença não seja verificável, em termos empíricos ou de suas proposições serem verdadeiras ou falsas, pode-se falar, no direito, em uma atitude de adesão racional ou justificada, mas não em um dogma propriamente dito, ou seja, numa profissão de fé. A atitude é de crença nas premissas, como pontos de partida, dado que tais premissas não podem ser vistas como verdadeiras ou falsas. Isso significa que o jurista toma uma atitude relativamente neutra em relação às premissas com que trabalha, não as questionando, mas delas extraindo significados possíveis para seus predicados. Uma metáfora explica o procedimento: se a norma geral é uma estrada e a sua compreensão o ponto final de chegada, o jurista normalmente não fará questão de partir da origem do caminho, mas o acompanhará a partir de um certo ponto, escolhido de maneira não estritamente lógica, pois o jurista não quer descrever toda a paisagem da estrada, mas somente percorrê-la para chegar a um ponto, que pode ou não ser o último possível. A efetiva chegada à destinação imaginada ou projetada dependerá de uma série de orientações que devem ser tomadas ao longo do percurso.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. coloca a atitude dogmática como uma tecnologia para decisão de conflitos e, neste sentido, ele acrescenta um importante aspecto à dogmática como vista por Nino. É que, sendo critério de decisão, a dogmática ou o papel tecnológico da ciência do direito volta-se para a construção interna do direito, tanto quanto para as questões de fato, as questões da vida, como problemas sobre os quais o jurista se detém. Na visão de Ferraz Jr., sendo o direito um sistema comunicacional com função específica de conformar o agir, ele tem que ser compreendido. Mas, além de compreendido, o direito tem que ser acolhido em suas razões morais. Por isso, a dogmática jurídica não precisa ir ao fundamento último da norma. No entanto, seus fundamentos têm que ser suficientes para colher aceitação. Assim, o problema da dogmática jurídica “não é

⁷ O original está assim: “Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales”. Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 322.

propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade”.⁸ Nestes termos, a interpretação ou construção normativa se pauta pela prática, pela efetiva solução dos casos conflituosos.⁹

A dogmática jurídica, nesta perspectiva, apresentaria três modelos: analítico ou teoria da norma, hermenêutico ou teoria da interpretação e empírico ou teoria da argumentação jurídica. Nenhum deles dispensa o apego à positividade legal.

A interpretação é “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos”.¹⁰ Para tanto, para decidir com base em argumentos aceitos por convicções, a tradição jurídica atribui ao direito certas qualidades significativas aos textos. As atribuições complementam as aberturas lógicas (deontológicas e subsuntivas, principalmente) da norma e delimitam possibilidades hermenêuticas. De outra forma, as inúmeras possibilidades de entendimento tornariam a interpretação jurídica impossível, esvaziando sua função de estabelecer critérios seguros de decidibilidade. Nos estados contemporâneos, textos legais legislados ou precedentes estruturados por raciocínios analógicos constituem a maneira mais clara de iniciar a interpretação. É a constante remissão a esses textos que torna possível dar sentido jurídico à ação.

2.2 O apego ao texto legal – O texto legal é um fundamento inicial de compreensão da normatividade nos estados contemporâneos. Ele é um tipo de primeiro capítulo,¹¹ mais genericamente construído, definidor das inúmeras possibilidades que seguem os jogos lingüísticos do direito até seu epílogo ou conclusão, na decisão. No texto da norma, seja de feição legislativa, seja na forma de precedentes, tem-se uma fórmula inicial sobre como predicar a ação. Os participantes seguintes devem permanecer neste horizonte inicial dado.

⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*: Técnica, decisão, dominação, p. 89.

⁹ Há uma forma mais precisa de especificar a dogmática jurídica, como em Aarnio, recorrendo às idéias de (a) objeto (de interpretação) positivado; (b) aceitação dos fundamentos (ou das fontes) das quais os objetos emanam; (c) estabelecimento de regras metodológicas e os princípios para tratar dos objetos jurídicos, necessariamente diferentes daqueles das ciências sociais em geral, pelo caráter fracamente reflexivo do conhecimento jurídico; e (d) valoração do objeto. Todos estes elementos formam a “matriz dogmática” do direito. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, p. 22-23.

¹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *idem*, p. 256.

¹¹ A referência aqui são os jogos comunicativos do direito, conforme os define François Ost. Embora sua tese proponha uma racionalidade *dialética e paradoxal*, aqui fora de discussão, não é descabido recorrer ao autor como aproximação válida para o apego ao texto legal na hermenêutica, como primeiro capítulo de um romance em cadeia. François Ost, *Pour une théorie ludique du droit*, p. 2.

A tese de Nino¹² sobre esta atitude dogmática de adesão ao direito posto decorre, historicamente, da forma pela qual a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos enfrentaram o problema de comentar o trabalho final de um direito racional posto, mas só pretensamente completo, claro, sem contradições ou excessos. É que essas escolas retomaram a tradição antiga e jusnaturalista de haurir significados não literais. Nesta tarefa, tiveram que estabelecer premissas para a produção que seguiria e resumidas no caso da exegese, na ideia de que a interpretação deve ser só a da lei, segundo as intenções do legislador (reveladas nos termos legais) e no caso da jurisprudência dos conceitos, nas afirmações de que (a) o direito legislado é a fonte primeira do direito; (b) o direito posto é necessariamente preciso, coerente e completo; (c) do direito posto podem-se haurir regras implícitas, a partir de preceitos fundamentais (método da construção); e (d) a tarefa judicial não pode ter em mente suas consequências, porque o juiz tem um papel apenas cognoscitivo, pelas regras da interpretação.

As críticas feitas pela escola do direito livre e pela jurisprudência dos interesses à escola da exegese e à jurisprudência dos conceitos, inspiradas pela imprecisão e finalidade discutível dos postulados destas últimas, induziram ao abandono de alguns dos pontos acima, como o da intenção do legislador, mas não a atitude de adesão ao direito positivado, pois dela decorreria segurança. A coerência, completude, economia e clareza passaram de postulados contrastantes com a tradição antiga a uma pressuposição não passível de alteração, mesmo por prova de sua não veracidade.¹³ A função dogmática na interpretação jurídica não precisa ser vista como um estancamento reacionário da jurisprudência, porque com a dogmática é que se pode falar em um discurso jurídico estável e racional, inteligível não só aos interessados no caso particular, mas a qualquer um que queira entender os resultados da interpretação. A atitude dogmática viabiliza a prática jurídica não pela origem lógico-dedutiva, mas pela finalidade social.

Apesar desta manifesta atitude de adesão dogmática em relação ao direito positivado, a dogmática jurídica cumpre uma importante função, certamente não coerente consigo mesma: a de reformular esse direito, propondo precisões para seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos; desta forma, a dogmática jurídica presta seu mais importante serviço à administração da justiça.¹⁴

¹² Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 317.

¹³ Certas atribuições ao direito são esclarecidas pela construção do legislador racional. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*, p. 278-283, Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 328-333 e Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão*, p. 366 e ss.

¹⁴ No original: “apesar de esta manifesta actitud de adhesión dogmática hacia el derecho legislado, la dogmática jurídica cumple una función, ciertamente inconsecuente com ella: la de reformular esse derecho,

O texto legal é tanto uma função de primeira compreensão genérica da situação discriminada para regulação quanto um limite para as inúmeras possibilidades de apreensão de sentido do caso. A norma refere-se, primordialmente, aos textos legais que a formam, em conexão de sentido com casos apresentados para solução. Nessa dinâmica se forma o direito aplicado. O sentido do texto legal não é imediato, pois elaborado em linguagem natural, estando aí, mais propriamente, o problema da interpretação. Marcelo Dascal esclarece:

Um texto legal é formulado em linguagem legal, que é concebida como uma espécie ou registro da linguagem cotidiana natural. Para os objetivos presentes, devemos lembrar duas características da linguagem natural: imprecisão “(fuziness)” e dependência do contexto.¹⁵

Imprecisão é um lugar-comum quando se fala em língua natural. Essa indeterminação semântica relativamente grande das palavras e as possibilidades sintáticas amplas das línguas naturais, associadas, debilitam a univocidade. Os termos vagos e sua liberdade de uso tornam a compreensão sempre problemática. As especificações são possíveis por conta de contextos, em referência eminentemente pragmática, dado que significado depende de um âmbito de uso que se fez das expressões lingüísticas na norma. Assim, o significado dos termos legais é determinado pragmaticamente, por referência ao contexto de uso em que empregados, e não só pela sintaxe ou semântica.¹⁶ A interpretação veicula uma forma de trazer o direito à existência pela delimitação do contexto normativo. Ela parte dos textos legais e precedentes, que estruturam o fundo do que se interpreta, direcionando o entendimento num rumo, ainda que incompleto.

Veja-se outro exemplo de interpretação com mais vagar, que pode deixar mais claro como a interpretação parte inicialmente dos termos legais postos e sobre ele desenvolve a interpretação. O art. 20, IV da lei 8.884/1994, a Lei de Proteção à

proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos; de esta forma la dogmática jurídica presta su más importante servicio a la administración de la justicia”. Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 326.

¹⁵ Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão*, p. 355.

¹⁶ “Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto em que ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. ... Cumpre ainda lembrarmos que as línguas naturais não sobrevivem fundando-se exclusivamente em uma sintática, mas sobre uma pragmática. Ou seja, como observa UMBERTO ECO, ‘baseando-se em regras de praxe, que levam em consideração as circunstâncias e os contextos de emissão, e estas mesmas regras de praxe estabelecem a possibilidade dos usos retóricos da língua, graças aos quais as palavras e construções sintáticas podem adquirir significados múltiplos (como ocorre, por exemplo, com as metáforas)’. A linguagem jurídica prescinde, no entanto, de retórica. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual é inserido”. Supremo Tribunal Federal, RE 543.974-7/MG.

Concorrência, afirma ilícitos ou proibidos os atos praticados por agentes econômicos “para exercer de forma abusiva posição dominante” alcançada. A leitura da expressão “forma abusiva” é complexa. Ele parece indicar que posição dominante e, conseqüentemente, o poder econômico, o poder de o agente influir sozinho nos preços, é admissível, até o limite em que esse poder seja usado de forma regular. Mas regular e abusivo são termos nada esclarecedores sobre o tipo de poder econômico admissível e o tipo proibido. Em tese, pode-se afirmar que por “abusivo”¹⁷ entende-se a teoria do abuso de formas, em que o agente aproveita-se da licitude possível para agir contra os fins tutelados pelo direito. No caso, o agente conquistaria poder econômico, mas para agir como um monopolista, sem distribuir, por certos mecanismos não expressos na norma, possíveis ganhos experimentados com a concentração. Assim, a teoria do abuso de formas parece incompleta no caso, porque os ganhos de concentração – o artigo 20 citado compõe a tutela das estruturas econômicas ou rege a licitude de atos de concentração – não precisam ser necessariamente distribuídos pelo texto normativo. O direito não impõe essa obrigação. A interpretação, no caso, dependerá de outros termos que pudessem fechar o tecido normativo vago, sobre o que consiste o exercício abusivo do poder econômico.

Por ora, no exemplo, duas circunstâncias ficam bastante claras. Em primeiro lugar, sempre se parte dos textos legais, problematizando seus possíveis significados, diante de certas circunstâncias reais. No caso, a questão é sobre o que significa em tese exercício abusivo de poder econômico. Estes serão, por exemplo, os termos a serem aplicados a uma aquisição de empresa por outra que conceda monopólio de mercado. O apego ao texto legal torna possível a comunicação sobre o que se está falando em termos normativos, ao menos como um ponto de partida. Politicamente, o texto indica que os cidadãos se ajustam à norma como constituinte de suas próprias razões para o agir correto. Por esses dois motivos, o apego ao texto não é de feição imperativista. Na perspectiva hermenêutica aqui adotada, o recurso permanente ao texto viabiliza a comunicação normativa pela via de sua aceitação dogmática ou comum da norma.

Entretanto, como mostra o exemplo dado, os termos da linguagem natural são vagos, apontando, para coisas não determinadas. Isso sempre ocorre em maior ou menor grau. Por exemplo, o homicídio não apresenta maiores problemas de sentido quando

¹⁷ A expressão *abuso de direito* pode ser vista como uma contradição em termos, dado que, existente o direito, então o titular o poderia exercer sem restrições que não as expressas, conforme apontava Planiol. De um ponto de vista teórico, o abuso de direito está hoje mais vinculado à idéia de Josseland sobre o direito subjetivo visto em um conjunto que lhe dá sentido. Cf. J. M. C. de Abreu, *Do abuso de direito: Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, p. 45-46.

se observa alguém atirando em outra pessoa no meio da rua. Mas a situação fica mais delicada quando um enfermeiro deixa de ministrar remédio a um paciente terminal, a pedido expresso deste. Aí, o suicídio, não sancionado, interfere com homicídio, sancionado. O sentido do discurso parte da morte provocada e a problematiza sobre a hipótese consistente na ordem de quem detém sua própria vida ou se essa ordem é suficiente para afastar o caso da norma legal expressa pelo art. 121 do Código Penal. Por isso, o recurso à explicitação do contexto em que os termos legais são usados e os padrões de comportamento associáveis à norma são fundamentais para entender a norma mesma, senão para delimitar a licitude ou ilicitude, ao menos para indicar qualificações possíveis para a ação.

A construção do contexto é feita por remissão a outros textos, ao caso e aos outros casos análogos já decididos, de forma não propriamente lógica¹⁸ como antes visto no exemplo do art. 20, IV, da lei 8.884/94. Uma forma corrente de superar estes impasses lógico-dedutivos na interpretação de textos positivos é estimar resultados.

2.3 Interpretação literal, restritiva e extensiva: o problema das consequências da compreensão – Normalmente, do apego ao texto legal decorre sempre um padrão interpretativo literal. Isso significa que os termos lingüísticos expressos pela letra da norma, em seus padrões de uso mais comuns e intuitivos, é que norteiam o início da interpretação. Aí está o padrão hermenêutico inicial¹⁹. Este padrão é conformado pelo uso corrente das expressões usadas na língua natural, o que não leva à univocidade de sentido nem é suficiente para construir argumentos. Os usos comuns não compõem um sentido único para o texto nem do texto decorre um único argumento, mas alguns possíveis igualmente fundamentados.

A escolha sobre qual deles prevalece toma em conta os contextos, por remissão ao caso, a outras normas e também pelas lições que se conectem em sentido aos possíveis significados literais dados, fortalecendo o círculo hermenêutico, que se vai fechando por tais remissões possíveis e não pela subsunção como dado evidente. De fato,

¹⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama esse procedimento de quase-lógico. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*, p. 301-304.

¹⁹ “Toda interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso lingüístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva. O arrimo ao uso lingüístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador usa a linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e quer ser entendido por ele.” Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 450-451. Para Dworkin, a interpretação literal é “acontextual”. *Império do direito*, p. 22.

seria não justificado afirmar que, embora o sentido do texto aponte para várias possibilidades, a aplicação do direito tomaria qualquer uma delas como padrão subsuntivo, porque a subsunção depende sempre e em qualquer caso de uma adequação entre o que é especificamente regulado e o fato concreto observado. Assim, a prevalência da subsunção tornaria arbitrária a construção. Nem mesmo a decisão por quem pode decidir – a autoridade legalmente revestida de poderes para tanto – poderia resolver o impasse. Possivelmente, a autoridade conseguiria impor sua decisão incorreta, tomada em moldes subsuntivos, por uma interpretação não adequadamente fundada, por algum tempo. Mas ela não poderia fazer o mesmo todo o tempo. Em algum momento, suas interpretações conceitualmente questionáveis deteriorariam a própria autoridade sobre a qual a aplicação se fundou. O problema aqui não é a existência de várias interpretações e da escolha de uma delas, mas sim a escolha de uma delas que atenda, ao mesmo tempo, ao sentido do texto legal interpretado literalmente, paradoxal que possa parecer, um sentido literal que se mostre adequado a um contexto. Por isso, uma interpretação literal em sentido estrito não existe. O sentido da norma só se mostra no universo em que ela é aplicada. A literalidade é um controle que faz a remissão à norma fortalecer o sistema como um todo, mas deixa um espaço, maior ou menor, conforme o caso, para o entendimento diante da aplicação específica.²⁰

A adequação é que justificará a interpretação feita. Ela se divide em dois aspectos. Em primeiro lugar, como argumentado na primeira seção deste capítulo, a interpretação deve manter uma coerência lógica com o próprio texto em sua literalidade. Nesse sentido, há uma direção deontológica forte na interpretação: a norma tem que ser decodificada entre as categorias do obrigatório, do permitido e do proibido e comparada com o caso também convertido em linguagem compatível com os termos normativos. Logo, a estruturação interna dos argumentos jurídicos tem que, necessariamente, fornecer aquilo que Neil MacCormick chama de argumentação dedutiva, “pois se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’”.²¹ E esse tipo “de argumentação dedutiva é válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que

²⁰ Esta é a posição de Liam Murphy, para quem a hermenêutica jurídica pura e simples desatenderia o requisito político de acolhimento do direito por todos. A operação jurídica fica em um meio termo, entre a justificação de uma das diversas respostas possíveis e aplicação “mecânica” da norma. *Concepts of Law*, p. 3 e 17-19.

²¹ Neil MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 26

suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão”.²² Por isso, argumentar é, em um primeiro momento, justificar internamente uma decisão, por práticas dedutivas ou ao menos assemelhadas à dedução. A decisão judicial, nesse aspecto de justificação interna de MacCormick, é, portanto, um resultado do procedimento interno do direito, e não a consequência da decisão que se projeta externamente, na realidade social.²³

Mas é inevitável afirmar que a racionalidade jurídica leva em consideração não só os estritos termos dedutivos internos da norma aplicável ao caso e da relação dos dois. Uma decisão (um resultado jurídico) tem sempre consequências externas, tanto nas aspirações sobre a justiça para o caso²⁴ quanto implicações mais concretas na realidade social, por exemplo, uma certa distribuição de recursos. Aqui há uma forte tendência a encarar o fato de que o padrão literal sofre influências do contexto linguístico de uso, mas que tais contextos específicos serão vistos diante das consequências previsíveis da decisão na realidade. Há, desta forma, alguma instrumentalidade na interpretação, pois partindo das consequências, chega-se à norma geral revista. Assim, a lógica dedutiva dos argumentos não se contém na literalidade. Ela buscará uma conformação consequencial externa.

A forma mais frequentemente empregada (ainda que de forma implícita) para alterar a literalidade normativa é expandir ou conter seu sentido. Restringir o espectro normativo ou ampliá-lo são duas possibilidades que têm em mente as necessidades de adequação externa, segundo as consequências da decisão. Se o intérprete amplia ou restringe a regulação, ele estará provocando consequências que não estavam evidentes no texto, visto no seu padrão literal inicial.

É possível então afirmar que o resultado final esperado pode se apresentar ao menos como uma opção hermenêutica, que se constrói do final para o começo, também argumentativamente. A conclusão pauta-se pelos efeitos possíveis de uma decisão sobre o próprio caso, tanto quanto sobre casos análogos. Portanto, restrições ou extensões normativas olham, na prática, para as consequências reais do direito. Nesse sentido, a interpretação está em função do que se pode esperar como resultados previsíveis da decisão. Ela se associa a uma racionalidade instrumental: se uma interpretação possível

²² Neil MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 26.

²³ Manuel Atienza, *As razões do direito*, p. 126 e ss.

²⁴ Para Neil MacCormick, a consequencialidade da decisão é precisamente sua coerência externa com a justiça, conveniência, senso comum, equidade, e não estritamente com o texto normativo em termos dedutivos internos. Neil MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 147 e 194-195. “Há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o ‘problema de pertinência’, de ‘interpretação’ ou de classificação”. Idem, *ibidem*, p. 165.

provoca efeitos deletérios previsíveis, outra deve ser privilegiada. Se seus efeitos são vistos como desejáveis, então esta última possibilidade será adotada.

A título de exemplo, retome-se a interpretação do antes citado art. 20, IV, da lei de proteção à concorrência, que já se iniciou no item precedente. A expressão qualificadora de ilícito, “exercício abusivo de posição dominante”, é vaga. Logo, a interpretação do texto legal iniciada deve prosseguir, porque o apego ao texto legal não determina clareza em sua literalidade. Há em primeiro lugar a qualificação jurídica do que seja poder dominante e de como ele ocorre. Esta situação é solúvel na constatação (prova ou evidência) de uma porcentagem de participação no mercado que permite à firma influir em quantidades e preços de modo relativamente livre ou independente dos outros agentes partícipes do mesmo mercado. Lidava-se com uma aquisição que concede monopólio e que, assim, simplifica eventuais problemas concernentes a este aspecto em particular sobre a prova da quantidade de participação de mercado, sendo a prova outro elemento reconstruído.

Retomando o discurso sobre o significado de “exercício abusivo” e recorrendo-se aos termos legais, já foi possível anotar um princípio de contexto normativo (controle de estruturas ou de atos de concentração). Continuar a interpretação implicará, em primeiro lugar, especificar qual a proteção legal e seu significado. Mas o que a norma protege não está claro nela mesma. Podem ser tanto o mercado e a concorrência quanto a propriedade e os méritos. O mercado tem como um de seus fundamentos a concorrência. Isso coloca o mercado como um agregado de transações, em que a renda circula, gerando mais renda. Há aí um sentido de proteção social da atividade econômica privada, conforme os arts. 170, IV, e 3º da Constituição Federal, de tessitura ainda mais indeterminada. Por isso, todo o campo normativo, composto por vários textos legais deve buscar sentido em outros contextos. No caso, é possível interpretar o referido art. 20, IV, de um ponto de vista de proteção da concorrência como ambiente institucional adequado ou justo para os fins constitucionais antes citados.²⁵ Esse argumento, de forma muito abreviada, procuraria evidenciar que a concorrência em si mesma patrocina os maiores ganhos sociais

²⁵ Há possibilidade de defesa da concorrência até mesmo no caso de preços predatórios, que, supostamente privilegiam o consumidor: “A presença do interesse institucional, único objeto imediato da tutela concorrencial, permite resolver qualquer conflito que, porventura, possa surgir entre os interesses dos concorrentes e dos consumidores. No caso dos preços predatórios, por exemplo, o aparente conflito entre o interesse imediato do consumidor em preços mais baixos e o interesse dos concorrentes na proibição de níveis anticompetitivos de preços é facilmente resolvido a partir do interesse institucional. Esse interesse, proveitoso tanto para consumidores quanto para concorrentes, indica claramente no sentido da proibição desse tipo de prática” Calixto Salomão Filho, *Direito da concorrência – as condutas*, p. 94.

relativamente a qualquer outra consideração, como a propriedade e a liberdade de iniciativa e os méritos dela decorrentes. Portanto, pelo termo legal “abusivo”, é correto admitir que o poder econômico não pode, por qualquer forma, restringir o ambiente institucional em que a atividade ocorre. Por isso, a norma deve ser entendida, na perspectiva institucional, como uma proteção aos efeitos sociais benéficos da concorrência. Essa é uma interpretação extensiva, pois amplia os termos legais para nele inserir elementos que a própria dogmática hermenêutica não incluiria, em seus termos mais restritos.

A compreensão acima se choca com uma outra visão possível do dispositivo (há ainda outras, como a proteção dos ganhos de escala decorrentes da concentração, que aqui não serão comentadas por economia de espaço), ligada à ideia de que a concentração é a justa medida para o ganho dos atores mais eficientes, direcionando-se à proteção de liberdades individuais, nomeadamente a de liberdade de iniciativa e privilegiando a propriedade privada dos meios de produção e de capital. Se alguém concentra lícitamente tais meios, então se segue que poder “abusivo” não significa nem se liga, de forma alguma, aos ganhos lícitos daí decorrentes, independentemente dos efeitos sociais sobre o mercado, de eventuais atos monopolistas. Se a norma apresenta abertura, seria possível vê-la em um contexto de proteção aos ganhos lícitamente auferidos na vida privada. Essa é uma visão restritiva da norma, pois exclui alguns mundos possíveis, como o que se expôs antes.

A consequencialidade foi capaz de especificar o espectro decisório da interpretação. Por ela, foi possível argumentar em sentidos que a letra da lei jamais poderia prever. Ela adicionou às considerações mais genéricas, os resultados possíveis da decisão, se protetora da concorrência ou da liberdade privada de iniciativa. Se se proceder a uma interpretação extensiva, então o termo legal “abusivo” poderia qualificar como ilegal uma aquisição de uma empresa por outra e que assegurasse à adquirente qualquer poder de influenciar nos preços, isoladamente, se este poder não estava presente antes da aquisição. Mas, numa restrição do termo abusivo, tal aquisição seria vista como legítima, de forma a permitir os ganhos originários da liberdade sobre propriedade privada. O termo geral abusivo seria restrito somente ao abuso de formas.

Portanto, embora o raciocínio consequencial aumente as possibilidades da interpretação, ele não a resolve definitivamente. A solução das interpretações possíveis dependerá de considerações sobre valores que os efeitos afetam. As consequências da interpretação ajudam a tarefa de construção jurídica, mas há sempre a dependência dos

valores afetados pelo direito. Tais efeitos axiológicos só podem ser determinados por complementações argumentativas exteriores ao direito, conforme consequências que estão fora do campo deontológico restrito interno da norma abstrata.

Outro exemplo é o de regras sobre interpretação que levam em conta este aspecto consequencialista. Uma delas, a do art. 111 do Código Tributário Nacional, fixa certas possibilidades consequenciais para a interpretação,²⁶ que não pode resultar em dispensa de tributo exigível ou em criação de novo. A norma fixa ao máximo a literalidade como padrão. No entanto, como visto, por vezes, a própria literalidade restrita cria situações consequencialmente indesejadas. Por isso, as regras que fixam padrões de interpretação ou critérios criam problemas hermenêuticos circulares²⁷ insolúveis, na literalidade da própria norma sobre interpretação, pois esta deve ser interpretada.

Consequências integram a racionalidade jurídica pela via hermenêutica e direcionam a construção de argumentos. Elas determinam escolhas jurídicas pelos resultados previsíveis da interpretação, no próprio sistema e também no ambiente social em que interferem. Mas, por si mesmas, as consequências são mais um tipo de direção, não concedendo sentido final aos textos e ao caso. O sentido final do direito depende da consequência social justa da norma, um outro tipo de efeito, objeto dos comentários a seguir.

2.4 Valores e consequências: fórmulas para internalizar valores ao direito – A interpretação conforme a constituição é uma fórmula que esclarece como as teorias recentes imputam aos valores constitucionais peso na construção de regras. O método é ainda usado, mas não tem o mesmo poder que possuía até a década de 1970. A interpretação conforme a constituição tem como fundamento adequar a interpretação de termos legais equívocos aos “princípios ético-políticos”²⁸ constitucionais. A construção

²⁶ A restrição da compreensão como a ordenada pelo art. 111 do CTN, refere-se à circunstância de que o receptor da mensagem normativa em código forte deve tê-la também em código forte e não em código fraco, que possibilitaria ampliação vedada do âmbito normativo. A restrição, entretanto, não dá uma resposta unívoca para a norma reconstruída no caso concreto, porque a recepção da mensagem em código forte, também em código forte, pode ter muitas respostas restritivas possíveis, válidas e lógicas. Sobre os códigos de emissão e recepção da norma e suas implicações na dogmática hermenêutica, ver Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão e dominação*, p. 283-284.

²⁷ Há uma semelhança conceitual e funcional entre os cânones de interpretação (interpretação gramatical, lógico-sistemática, histórica, teleológica e conforme a Constituição) e as regras positivadas sobre interpretação. O paralelo se explica pela própria interpretação do método interpretativo. “Um primeiro olhar sobre os métodos de interpretação mostra, desde logo, que os próprios métodos precisam ser interpretados”. Winfried Hassemer, *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 295.

²⁸ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 479.

dogmática hermenêutica remete os termos vagos da lei aos valores²⁹ constitucionais. Ela não abrange a invalidação³⁰ de conteúdos normativos conflitantes com valores constitucionais, problema este de declaração de inconstitucionalidade, mas ao esclarecimento da regra por intervenção destes valores positivos, presentes nas fundações dos Estados contemporâneos. No entanto, referida determinação de sentido só é concebível mediante a interpretação dos conteúdos de outras normas, no caso, de normas constitucionais, criando outro problema circular de interpretação, solúvel somente por um meio específico de argumentar juridicamente em termos valorativos ou reafirmar certos padrões finais justos de verdade moral para o direito. O problema é de difícil solução e já remete a uma delicada questão, localizada na fronteira do pensamento jurídico contemporâneo, e que aqui não poderá ser resolvido. Ele se reporta à existência de valores morais absolutos no direito, como regras externas que lhe conformem a justeza³¹ ou à formulação procedimental de desvendamento destes valores pelo termo do discurso jurídico,³² ou, por último, se ele é revelado pela experiência histórica.³³ Todas essas concepções se reportam à política, pois é na política, ainda que de formas profundamente diferentes, que os valores são colocados nos primeiros discursos jurídicos por meio de princípios.

Os valores veiculados por princípios norteiam todo o sentido normativo de regras jurídicas. Sua função hermenêutica é a de fundar razões necessárias e suficientes (a) para a validação ou invalidação de regras pelo conteúdo e não exclusivamente pelas formas jurídicas; (b) para esclarecimento de termos vagos ou por interpretação teleológico-axiológica, como a conforme a constituição; ou, finalmente, como se vem desenvolvendo mais recentemente, (c) para criar uma regra em um caso concreto, por ponderação. Princípios são em geral vistos como valores sociais fixados pelo direito, como discursos

²⁹ Na classificação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma interpretação que delimite a compreensão axiologicamente, recorre ao método teleológico-axiológico, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão e dominação*, p. 288.

³⁰ Sobre a invalidação de uma norma por conflito com a constituição: “não se trata já de uma mera interpretação (‘conforme à Constituição’), mas de uma correção da lei orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos que dela se deduz”. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 484.

³¹ Como sempre foi o caso do jusnaturalismo, que enxerga na racionalidade humana ou em Deus as regras de correção permanentes e precedentes ao direito posto. Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, p. 174-177. John Finnis aponta que a natureza dos sentimentos converge para o entendimento racional. Reason, Revelation, Universality and Particularity in Ethics, p. 45-48.

³² É assim que se colocam teorias procedimentais da justiça no discurso, como as de Habermas e Alexy. Manuel Atienza, *As razões do direito*, p. 160-163.

³³ É esse o sentido central da tese de Comparato sobre a ética. Fábio Konder Comparato, *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 21-37. A concepção pode associar-se a um tipo de jusnaturalismo de índole preponderantemente racionalista. Idem, *ibidem*, p. 692-700.

políticos que veiculam a moralidade social. Eles compõem o contexto jurídico, fechando aberturas semânticas das normas e também propondo sintaxe diferente da subsunção. Aí já se pode afirmar função hermenêutica mais ampla e consistente dos valores.

A ponderação, entre as muitas formas de esclarecer a interpretação de textos legais, tem obtido maior atenção do pensamento jurídico atualmente. Pela ponderação, a incidência dos valores veiculados por princípios do sistema equilibra-se, de maneira a se usar mais de um simultaneamente e de forma que a aplicação de um princípio não exclua necessariamente a incidência de outro. Por isso, o direito estaria em uma rede permanente de desvendamento de significados, iniciados pelos termos gerais da legislação ou precedentes e seguindo em direção à decisão judicial correta, porque justificada por argumentos fundamentados em princípios.³⁴ A ponderação tem uma estrutura que determina como são aplicados os princípios colidentes – não se pode dizer que princípios sejam antinômicos, mas que entrem circunstancialmente em colisão – diante de um caso específico.

Dworkin foi, possivelmente, o pensador que primeiro elaborou a teoria de princípios³⁵ como hoje a conhecemos.³⁶ O autor não pretende resolver o problema de verdades antecedentes ao discurso jurídicos ou imanentes nos direitos nem se filia à ideia de uma justiça procedimental como a de Habermas. Mais explicitamente fundado na hermenêutica,³⁷ ele assume certas limitações ao conhecimento jurídico e teoriza fundando-se nas práticas jurídicas e na função social do direito, que tem que ser justo. Para Dworkin,

³⁴ Alexy parece divergir deste ponto de vista, pois, ao afirmar-se como herdeiro da tradição lógica de Laband, não aceita a justificação de regras postas por princípios, que, desta forma, tenderiam à aplicação em termos subsuntivos e deontológicos puros. Princípios aplicam-se somente na inexistência de regras postas que solvam o caso. Robert Alexy, afirma que continua “la gran tradición analítica de la jurisprudência de conceptos”. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 46

³⁵ “The model of rules”, publicado em 1967 é o artigo pioneiro sobre o assunto, como o entendemos hoje e foi incluído em, *Taking Rights Seriously*, publicado em 1977, p. 14 e ss. (p. 23 e ss. da tradução brasileira, Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério, que aqui será usada para as referências que seguem).

³⁶ O tema dos princípios pode retornar ao direito romano, no mínimo, por meio da analogia: “Não podem todas as ocasiões ser compreendidas individualmente seja por leis ou senatus-consultos. Mas quando em alguma causa torna-se manifesta a sua percepção, aquele que exerce a jurisdição deve proceder por semelhança e assim declara o direito” (D.1.3.12), Hélio Maciel França Madeira, *Digesto de Justiniano – Liber Primus*: Introdução ao direito romano, p. 48. Recentemente, princípios já estavam no horizonte jurídico antes de Dworkin. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do direito*, p. 103 e ss.

³⁷ A hermenêutica de Dworkin é gadameriana. “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”. Ronald Dworkin, *O império do direito*, p. 75.

o direito é prestação jurisdicional³⁸ baseada em princípios, que estruturam os melhores argumentos, os mais judiciosos por referência política à justiça, ou, em outras palavras, por suas qualidades morais. A estruturação desses argumentos de princípios é que impõe uma única solução correta.

Por essas razões e sem pretender esgotar a complexidade do tratamento de Dworkin sobre o direito como integridade e fruto de uma concepção hiper-racional da única decisão correta, para chegar ao assunto próprio da tese, importa aqui somente esclarecer como os valores que estão expressos por princípios articulam-se nas construções jurídicas. Dworkin se aproxima da dogmática hermenêutica pelo *constructo* de Hércules,³⁹ um juiz idealizado, com perfeito conhecimento das regras e dos princípios inscritos no sistema.⁴⁰ Hércules é um juiz filósofo que reconhece a autoridade do direito como meio adequado de normatizar a ação, pois aceita as formas democráticas de sua criação. Por isso, ele é capaz de teorizar amplamente as concepções gerais – constitucionais – que afetam suas decisões e, assim, conhece perfeitamente os pressupostos políticos que fundam a ordem jurídica e, conseqüentemente, as decisões a ela relacionadas. Hércules aceita o direito como integridade. Assim, diante dos casos difíceis, em que regras não atingem clareza suficiente para delimitar a decisão, Hércules terá capacidade inesgotável de solucioná-los justificadamente. Seus fundamentos seriam aqueles mais coerentes com bases políticas pertinentes, conforme princípios.

O juiz ideal é capaz de solver sua missão primordial, de interpretar as instituições conformadas pela moralidade política da sociedade a que se reporta. Hércules é contrastado com Herbert,⁴¹ incapaz de ver corretamente a integridade do direito e que, sob o manto da imparcialidade, não pode mediar convicções morais particulares, de forma que não decide casos difíceis com base em princípios, pois não vê o sentido geral dos textos, nem consegue lhes dar direção diante dos casos. À posição de Hércules também se contrapõe o procedimento interpretativo de Hermes,⁴² que procura desvendar a vontade do legislador, procedimento hermenêutico que a tradição, de um modo ou de outro, acaba

³⁸ Dworkin enfatiza a função social do direito como aquela direcionada à solução de conflitos, daí originando sua concepção de que a funcionalidade jurídica é transformadora, principalmente em decisões difíceis, que envolvem opções éticas mais complexas e para as quais não existem regras postas. Ronald Dworkin, *O império do direito*, p. 10-11.

³⁹ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 164-203 e *Império do direito*, pp. 286-287.

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 164-165.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 192-203.

⁴² Idem, *O império do direito*, p. 381-393.

impondo ao direito. As construções merecem ser vistas mais de perto, por proporem fórmulas dogmáticas importantes.

Afirmar o direito correto é a função judicial evidente. O direito é uma longa série de argumentos que se refinam na decisão de casos concretos. A correção do direito ocorre pela intervenção não da ideia de império da autoridade que o diz, mas pela adequação dos seus argumentos constitutivos, por referência a princípios. Para entendê-los, é necessário ter em mente a distinção entre argumentos de política e de princípios.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de uma indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.⁴³

Os dois argumentos compõem a maneira adequada de interpretar a norma jurídica. Políticas são objetivos sociais reconhecidos. Princípios são garantias de indivíduos ou grupos diante de todos ou de maiorias. Os princípios resguardam a neutralidade da sociedade política, pois evita que poucos se submetam sempre, e em qualquer caso, às determinações majoritárias. Os princípios, assim, resguardam a própria existência da sociedade política da qual decorrem. Eles, por isso mesmo, são mais abstratos do que um determinado teor normativo fechado em termos deontológicos, mas podem ser entendidos por recursos a argumentos políticos.

Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como esse objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. Neste sentido, os grandes direitos da retórica política são abstratos. Os políticos falam de um direito à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade, sem sugerir que estes direitos são absolutos e sem tentar sugerir seu impacto sobre situações sociais particulares e complexas.⁴⁴

Assim, se os argumentos de princípios compõem os discursos normativos em uma fase antecedente à concretização, eles são subsidiários à compreensão do discurso jurídico geral, que adquire contornos mais precisos no caso concreto. Os argumentos de princípio delimitam as referências necessárias do direito aos valores presentes na norma jurídica mesma ou que compõem seu horizonte de entendimento. A vinculação entre valores e direito é preponderantemente de cunho político, porque o ambiente político é que torna possíveis o direito e a forma de vida de que todos aproveitam. Desvendar os valores

⁴³ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 129-130.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 146.

que a sociedade política deve obedecer é a tarefa da hermenêutica jurídica, na realização dos direitos. Como fazê-lo não é uma questão de discricionariedade, mas de correção. O juiz não cria direito novo arbitrariamente, mas complementa o trabalho já iniciado em uma cadeia discursiva, por sua interpretação. Neste sentido, o juiz é atraído pela força gravitacional dos textos legislados e dos precedentes, conforme o caso, vinculados explicitamente a questões de princípios, delimitadores do problema hermenêutico específico de fundo. O desvendamento do sentido das normas por remissão principiológica leva ao problema de como o juiz acessa os valores.

Ele poderia fazer isso consultando suas próprias crenças justificadas ou aplicando as crenças que ele vê na coletividade. A alegoria de Herbert explica que nenhuma dessas duas opções é adequada. Ele poderia ainda compreender o problema normativo tentando atingir as intenções do emissor do comando em aplicação, como uma espécie de mediador entre o texto e seu locutor. Hermes prova que o intento, além de irrealizável, é incorreto.

Herbert assume uma posição hermenêutica que pressupõe também, tanto quanto Hércules, sua adesão ao sistema jurídico em que atua. Mas Herbert se vê na posição em que, quanto aos casos difíceis, suas crenças devam ser afastadas, para que a decisão reflita os pontos de vista morais da coletividade, e não as suas. Esse é o ponto falho e objetável da visão de Herbert. Ele acredita que seu papel de homem comum sugerido pelo nome – é impossível não entrar em certas imagens ou quase implicaturas de Dworkin – seja afastar suas próprias crenças para aplicar à solução dos casos difíceis a moralidade substantiva que ele crê serem as professadas pela coletividade, como se essa moralidade fosse inequivocamente reconhecível sem prévia interpretação das normas que a veiculam. A existência de diferenças morais justificadas em uma mesma sociedade indica a pluralidade. Ao decidir conforme a moralidade comum, ele nega dois importantes pressupostos de sua atuação. Ao mesmo tempo, ele age como se a moralidade coletiva fosse passível de conhecimento fora do discurso que a compõe e, ainda, como se o papel da concretização jurídica fosse independente deste discurso. Nesse sentido, Herbert reduz a atividade judicial ao império das decisões, como um tipo de positivismo esclarecido, ao estilo de Hart (cujo primeiro nome era Herbert) deixando em segundo plano seu papel de interlocutor jurídico. Esse mesmo problema estaria presente, de forma inversa, se Herbert decidisse com base apenas em suas próprias convicções pessoais. Portanto, o direito só pode se realizar na apreensão de sentido das normas, que têm como fundamento os valores

pressupostos na existência de diferentes concepções da boa vida. Esses valores são aqueles que conformam as democracias liberais e são assumidos por todos, inclusive pelo intérprete.

Hermes tenta desvendar o significado das leis por meio da indagação sobre o que seu autor diria a respeito da aplicação em certo caso. Ele seria aí um intermediário entre as intenções do legislador e o caso que deve decidir. O meio seria não só objetável por sua impossibilidade prática, mas por seu erro com relação à função que o discurso geral tem no direito. Se Hermes se perguntasse como o autor da lei resolveria o caso, ele poderia recorrer ao histórico legislativo, à composição histórica da casa que votou a lei, às razões pelas quais a norma foi promulgada e suas infinitas combinações. Mas tudo isso não resolveria seu problema de forma justificada, porque não há condições de acessar logicamente esses dados nem é claro que o autor do texto tivesse uma solução concreta para o caso real em processo de decisão. Supõe-se de maneira bastante consistente que o autor da lei ou os autores da lei não tivessem em mente um caso específico, mas, no máximo e na melhor das hipóteses, uma estrutura de casos conforme o discurso político o apreendesse. Os meios que Hermes quer colocar para si próprio como corretos para interpretar a lei – e que, portanto, o levariam ao direito correto – são infrutíferos, pois desconsidera seu próprio papel na concretização do direito. Ele deve inserir-se em um contexto não de descobrir o que se passa na mente do legislador, mas assumir que ele próprio tem um papel político de desvendar o significado normativo correto por referência ao texto aprovado em posição discursiva diferente daquela. Sua função não é, por isso, oracular, como se ele trouxesse as palavras do legislador – aqui não há como evitar a abdução à imagem de Hermes, o deus – ao caso em decisão.

Hércules supera os dilemas de Herbert e Hermes criando sua própria teoria política capaz de explicar o direito conforme se lhe apresenta. Ele assume que tem a responsabilidade de integrar a realização do direito, referindo-se às elaborações que o antecederam, sem o que estaria negando sua própria existência lógica, sua própria posição discursiva. Nesse intento, Hércules assume o trabalho jurídico específico, ele tem responsabilidades que transcendem seus poderes de adjudicar o direito, manifestando segurança jurídica. Ele não terá discricionariedade para tomar qualquer decisão possível, mas a decisão que se ajusta aos discursos que a precedem. Hércules deve buscar o direito correto, porque a sociedade que o investe nos seus poderes reivindica que o direito seja estabelecido não só pelas suas convicções pessoais ou por sua percepção do senso comum

ou por sua visão aguçada das intenções do legislador. Sua tarefa é construir o melhor direito, que tenha sentido nos discursos políticos do meio social em que o direito é produzido e do qual é dependente. A concretização jurídica será a decisão correta, aqui entendida como justa, porque integrante dos discursos políticos normativos que fundam a própria sociedade.

Com esses elementos sobre interpretação jurídica em Dworkin e seguindo o propósito desta seção, que sentido consequential Hércules pode adotar ao compreender e decidir uma questão? Como o raciocínio pautado por consequências influencia Hércules? Não se pode afirmar que os pressupostos políticos usados por Dworkin esclareçam por si mesmos e de forma clara essa questão intrincada. O sentido liberal do direito na teoria de Dworkin admite algum tipo de consequência, mas certamente não admitiria um consequentialismo puramente utilitário, como se vê de sua posição a respeito ao comentar ações afirmativas, no capítulo 9 de *Levando os direitos a sério*. Ali Dworkin discute o problema de avaliações consequenciológicas em sua teoria.

Seus argumentos podem ser decompostos em duas fases, uma relativa à circunscrição de um problema a partir do qual ele pensa e onde são expostos os argumentos possíveis para enfrentar as divergências entre consequências externas à decisão, que aqui se chama de consequências em sentido estrito, e consequências internas ou, para os fins desta exposição, consequências em sentido deontológico puro. Em uma segunda etapa, o problema e os argumentos são conformados por uma teoria política abrangente para ver que tipo de consequentialidade se pode admitir no direito.

No que toca ao primeiro passo do discurso, Dworkin toma o caso de um judeu que invoca seu direito constitucional a igual tratamento para admissão em uma faculdade de direito. O caso envolveu o entendimento de um precedente da Suprema Corte, que indicava a inconstitucionalidade de tratamento desigual entre grupos minoritários (diferentes grupos minoritários beneficiados por ações afirmativas). O autor da ação pediu sua admissão na faculdade porque suas notas teriam sido suficientes se a ele fossem aplicados os critérios de admissão menos rigorosos relativos aos pedidos de admissão de candidatos originários de minorias. Por isso, invocou que a igualdade no caso implicava tratá-lo como se fosse de uma minoria, afinal, como judeu, ele teria tanto direito à ação afirmativa quanto um negro, por exemplo. A favor do autor, havia argumentos utilitários, pois os custos da rejeição eram superiores à admissão, dado não haver evidência de outros casos semelhantes. Havia também argumentos que o autor chama de “ideais” e que

indicavam que a decisão mais justa seria a admissão, porque o autor, judeu, deveria ser tratado como minoria. Entretanto, existiam igualmente argumentos contrários à admissão, utilitários, resumidos nos custos da admissão superiores aos da rejeição, pela abertura de precedente a outras minorias, e também “ideais”, como a indicação de que a equidade exigiria discriminar afirmativamente só negros por razões históricas. Os argumentos utilitários e “ideais” atingem a consequentialidade em sentido estrito. Elas se referem aos efeitos da decisão na realidade. A questão não se refere aos argumentos internamente consistentes, pois, deontologicamente, a decisão depende de uma qualificação sobre os efeitos justos da decisão.

Para resolver o caso, para construir corretamente os argumentos, na segunda etapa do raciocínio, Dworkin rebate o utilitarismo como tese política abrangente, mas não as consequências que, sendo ou não sendo potencialmente vistas como utilitárias, reforcem a adesão ao argumento “ideal”. Dworkin prioriza o argumento “ideal” e não a utilidade da decisão. Ele refuta o utilitarismo, mas não a consequentialidade como padrão argumentativo. A consequência do resultado do procedimento tem que ser o justo.

Para entender esse ponto de vista é necessário entrar rapidamente nos argumentos políticos do utilitarismo. Will Kymlicka afirma que há dois atrativos fundamentais na tese utilitária: (a) ela não depende de qualquer ideia transcendental para explicar o bem, baseado em uma noção racional simples e elementar, e que todos valorizam, o bem-estar ou a felicidade; e (b) regras morais devem ser testadas pelas consequências para a formação desse bem-estar, só não sendo moral a ação que tenha por resultado a diminuição da felicidade.⁴⁵ Então, há duas instruções normativas de base no utilitarismo: a felicidade de todos e a maximização desta felicidade. Apenas o segundo atrativo apresenta problemas. O primeiro nem chega a ser exclusivamente utilitária. Além disso, o utilitarismo tem outro ponto muito forte: ele dá igual peso a todos. Assim, há no utilitarismo uma ordem consequential evidente, a maximização do bem.

A consequentialidade utilitária pode ser fracionada em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, o utilitarismo não pode ser encarado como uma tese hedonista, pois não se reporta à satisfação subjetiva de cada um, mas à de todos de maneira agregada, dado que todos são iguais. O utilitarismo, nesse sentido, recusaria uma proposição de que alguém estaria feliz simplesmente com a satisfação de prazeres puramente mentais ou exclusivamente do sujeito. Por isso, a satisfação deve ser de

⁴⁵ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, pp. 14-15.

preferências racionais ou daquilo que se entende como a felicidade que se escolhe, seguindo as informações disponíveis. Em segundo lugar, e exatamente pelo critério da máxima satisfação agregada, a tese utilitária dá maior peso às satisfações majoritárias.

O agregado é sempre impreciso, em se tratando de preferências. “Mesmo quando sabemos quais preferências são racionais, podemos nos ver em uma situação em que seja impossível saber quais atos maximizam a utilidade.”⁴⁶ De fato, é inconsistente afirmar que o indivíduo conhece o agir adequado para maximizar o bem-estar de todos, porque não há um algoritmo que assegure qualquer resultado unívoco sobre a medida do bem-estar de cada um e da coletividade. Simplificar as satisfações por preferências agregadas pode ser computacionalmente viável para somas muito genéricas, mas certamente não diz o que é certo e o que é errado em uma dada situação. A instrução de maximização de bem-estar utilitária fica seriamente comprometida, porque se desconhece como resolver os conflitos e a intensidade de satisfação proporcionada pelas preferências. Por isso, as satisfações utilitárias são medidas reflexamente pela escolha por bens. O utilitarismo força o sujeito à escolha sobre bens para poder agregar as preferências por eles. O utilitarismo é uma medida reflexa das satisfações.

Além desse ponto, como ficariam as preferências minoritárias? Aparentemente elas não poderiam ser atendidas nem seria moralmente necessário respeitá-las. A preponderância das preferências majoritárias não assegura a satisfação de preferências minoritárias, nem em termos de direitos fundamentais, de viver uma vida digna. Portanto, o utilitarismo considera a consequencialidade da ação de forma uma tanto “simplificada”.⁴⁷ Ele não resolve o sério conflito de preferências racionais ilegítimas, como um tratamento discriminatório só justificado pelo bem escolhido, mesmo que esse bem seja injusto.

Para solucionar esses conflitos, o utilitarismo recorre à igualdade essencial de todos, no cálculo da utilidade total, associada à maximização, um critério que se pode ter como deontológico,⁴⁸ pois determina a busca de um fim como necessário ou obrigatório, o bem-estar de todos em seu máximo. Há um compromisso utilitário evidente com o bem, a utilidade, mas esse compromisso é uma instrução necessária pela

⁴⁶ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 23.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 25.

⁴⁸ Idem, p. 43. Para Kymlicka a tese de que o utilitarismo é também deontológico (“deontological”) e não consequencialista (“teleological”), como propõe Rawls, decorre da instrução maximizadora do bem-estar. O utilitarismo, na visão de Kymlicka faz prevalecer o bem sobre o justo não porque seja consequencialista, mas porque falha na distribuição do bem. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, p. 21-43.

maximização. O utilitarismo estaria então entre uma tese deontológica (a maximização) e consequencialista (a utilidade). Os dois aspectos produzem um resultado bastante curioso no que diz respeito à igualdade de que o utilitarismo partiu: uma maioria pode ter preferências que excluam as preferências das minorias. Então, o utilitarismo falha em sua igualdade, não porque seja estritamente consequencialista, mas porque não é capaz de impor, por si mesmo, um critério distributivo da máxima utilidade alcançada.

Daí o utilitarismo não poder tratar a todos com a mesma consideração e respeito, pois se todos importam de forma igual, a satisfação de todos e de cada um deveria contar igualmente, o que nem sempre é viável. Portanto, o utilitarismo é antes uma forma invertida de explicar o correto pelo agregado final, mesmo que esse bem resulte em desrespeito a certas preferências ou direitos minoritários.⁴⁹ O utilitarismo não é capaz de lidar com as igualdades de forma plenamente consistente (tratamento igual em consideração e respeito). Isso ocorre porque se a utilidade de todos é o que determina a correção do agir, então as preferências iguais minoritárias são desconsideradas. Elas simplesmente não têm peso suficiente para afastar preferências majoritárias. Ao partir de todas as preferências com igual peso (o que é correto), o utilitarismo recai na desigualdade, por desconsiderar a necessidade de cada um e por não dar atenção às obrigações relativas (aos familiares, amigos, por exemplo), sempre que as necessidades e obrigações nada acrescentem ao bem agregado.

O utilitarismo é inicialmente atraente porque os seres humanos têm importância e têm importância igualmente. Contudo, o objetivo da igual consideração que os utilitários buscam implementar é mais bem implementado por meio de uma abordagem que inclua uma teoria de parcelas equitativas. Tal teoria excluiria preferências preconceituosas ou egoístas que ignorassem os direitos legítimos dos outros, mas permitiria os tipos de compromisso especial que são parte de nossa própria idéia de conduzir uma vida. Essas modificações não entram em conflito com o princípio geral do consequencialismo, mas, antes, originam-se dele. São refinamentos da idéia geral de que a moralidade deve dizer respeito ao bem-estar dos seres humanos. O utilitarismo meramente simplificou em excesso a maneira pela qual acreditamos intuitivamente em que o bem-estar dos outros é digno de interesse moral.⁵⁰

Por esses motivos, o utilitarismo torna-se uma teoria abrangente falha para solucionar o caso difícil que Dworkin apresenta. A consequencialidade utilitária refere-se à correção sobre a utilidade (consequencial) e não sobre o justo (“ideal”). Se todos valem o mesmo, então o bem de todos deveria ser considerado igualmente, mas isso não reprime

⁴⁹ R. M. Hare tenta reformular normativamente o utilitarismo de forma analítica, desautorizando argumentações excessivamente imaginativas ou fantasiosas, para conformar sua tese à idéia moral intuitiva, sem cair nos problemas conceituais expostos. *Ethical Theory and Utilitarianism*, in A. Sen e B. Williams (Ed.), *Utilitarianism and Beyond*, p. 23-38

⁵⁰ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 43.

que certas pessoas possam ter reivindicações utilitárias legítimas sobre os bens de outros, se esses bens resultarem em uma maximização geral da utilidade. Além disso, as preferências minoritárias são desconsideradas, mesmo que se refiram a direitos fundamentais à vida digna, que vale ser vivida.

É precisamente sobre a contradição utilitária quanto ao consequencialismo que Dworkin desenvolve seu raciocínio para chegar à conclusão de que certas discriminações podem ser autorizadas por suas consequências, como a discriminação de uma classe ou tipo de pessoas com facilidades de ingresso na universidade. No caso comentado, não há necessidade de discriminar positivamente o judeu, porque sua minoria não tem dificuldades históricas para acesso a cursos superiores, este sendo o argumento político que estabelece o valor final do direito. Consequencialmente falando, os argumentos morais não precisam recorrer à máxima utilidade, mas à máxima justiça implementada.

A rejeição de Dworkin ao utilitarismo está na afirmação de que uma discriminação contra a admissão de negros em uma faculdade de direito é sempre utilitária (como o fato de que a sociedade ganharia mais com a rejeição dos negros, formando mais advogados brancos, socialmente preferidos). Mas a discriminação a favor da admissão de negros teria argumentos utilitários (como o fato de que a comunidade negra prefere advogados negros) e também argumentos ideais (como o de que a admissão discriminatória de negros recupera o tratamento histórico desigual a eles dado e que isso significa potencialmente uma sociedade igual). Estas razões e não as de utilidade são as corretas:

Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo que seus cidadãos prefiram a desigualdade. Este argumento não nega a ninguém o direito de ser tratado como igual.⁵¹

Pode-se entender desta exposição que os argumentos consequenciais no direito referem-se à sua adequação externa e que essa adequação não é utilitária, mas, na expressão de Dworkin, de uma consequência ideal ou justa. Os argumentos pautados por consequências podem ou não coincidir com a utilidade máxima, mas têm que guardar uma adequação externa com os princípios do sistema. Eles indicam que o tratamento igual em dignidade e respeito prevalece sobre a máxima criação do bem. A justiça tem então uma conexão profunda com a redistribuição do produto social, pois é da redistribuição que a igualdade em dignidade e respeito retira sua concretude.

⁵¹ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 368.

Os argumentos consequenciais econômicos, quanto às regras padronizadas de uma teoria da argumentação, impõem que aqueles que argumentam têm o ônus de demonstrar que as consequências são moralmente aceitáveis ao tempo do discurso. Quanto à forma, o enunciado consequencialista se fundamenta em efeitos reais considerados desejáveis, o que obriga à remissão da regra que afirma essa qualidade, ainda que não jurídica. Por isso, a forma deste tipo de argumento obedece à fórmula que vai da consequência prevista e desejada ou a ser evitada à regra. Portanto, somente a argumentação empírica tem relevância para a consequencialidade em sentido estrito, pois ela remete à experiência e fala de limites racionais por resultado e não só pelos modais proibido, permitido, obrigatório.

As consequências nesse caso da argumentação empírica qualificam-se por estados de coisas ou situações reais descritas em outras ciências que tenham relevância no entendimento jurídico para determinação do justo. Daí tem que haver algum tipo de transição⁵² entre o discurso jurídico e o argumento empírico, conhecimento este, na perspectiva hermenêutica aqui adotada, que não pode ser entendido fora de seu contexto histórico de criação. Por isso, as relações entre direito e economia serão aqui buscados, em primeiro lugar pelos fundamentos da economia de mercado, base das articulações jurídicas e econômicas da análise econômica do direito. *Law and Economics* costuma partir da empiria, sem contextos significativos, para universalizar seus pressupostos e suas deduções.

Neste segundo capítulo procurou-se mostrar que a forma de operação jurídica hermenêutica segue um padrão racional, embora não estritamente lógico. Evidenciou-se que há um papel para os efeitos reais do direito nestas operações jurídicas relativamente à exigência de justiça. Por difícil que sejam os argumentos que fundem a justiça, no que toca à economia, elas reportam-se à igualdade e à redistribuição da riqueza. Essa distribuição está vinculada às formulações históricas da economia clássica, contexto explicativo dos modelos usados pela análise econômica do direito. As interferências desses aspectos na justiça econômica e dela para o direito serão vistas no próximo capítulo.

⁵² Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, p. 206 e 229.

CAPÍTULO 3

A FORMAÇÃO DA CIÊNCIA ECONÔMICA: FATOS E VALORES NA ECONOMIA CLÁSSICA

Entender a análise econômica do direito, do ponto de vista hermenêutico ensaiado nos dois capítulos anteriores, depende de dois argumentos, constitutivos das condições gerais da compreensão sobre economia. O primeiro é relativo ao nascimento e especificação da economia contemporânea como ciência positiva, tarefa que será empreendida neste capítulo. O segundo argumento, a ser ensaiado no capítulo seguinte, é preponderantemente técnico e envolve as formulações analíticas metodológicas específicas da microeconomia neoclássica, normalmente usadas pela análise econômica do direito como um tipo de metalinguagem jurídica.

Portanto, busca-se aqui contextualizar o conhecimento econômico relevante para a análise econômica do direito. A preocupação, talvez não original, será indicar a formação histórica da economia clássica para entender como a ciência econômica conformou uma realidade, objetivou-a e propôs um método para descrevê-la. Estabelecer condições de pensamento que possibilitem o conhecimento econômico e seu método será a primeira forma de aproximação da análise econômica do direito. Sem compreender crenças a respeito do que sejam os problemas econômicos e como eles se mostram na linguagem natural, a análise econômica do direito não faz muito mais que interferir de forma imponderada no discurso jurídico.

Para analisar a formação do classicismo econômico na perspectiva do direito, não se busca um projeto formalmente estruturado, mas somente argumentos significativos sobre a normatividade econômica. Tudo o que se pretende é colocar as condições mínimas de entendimento das bases sobre as quais repousa a normatividade da análise econômica do direito.

3.1 A visão do problema econômico pelo direito natural – Colocar em evidência a emergência da economia como dado isolado da realidade e destacar como surgiu esse conhecimento remete às concepções do último jusnaturalismo.

O momento em que a economia surgiu como fenômeno cultural isolado, como dado concreto, com regras próprias estruturadas na vida social, foi no século XVIII,

quando também o direito se viu envolvido na racionalização dos movimentos pela codificação. Economia, até então, estava associada à arte de governar. Tradicionalmente, havia três tipos de governo: o de si mesmo, cujo domínio era a moral; o doméstico, reportando-se à economia; e, finalmente, do Estado, que dizia respeito à política. A velha noção de economia como gestão dos bens domésticos para subsistência familiar, noção que vinha da antiguidade, fazia-se presente, sem modificações substanciais. Nessa visão, a atividade econômica era destinada ao núcleo doméstico, e não ao povo em geral. Portanto, as grandes questões de gestão social permaneciam em poder do Estado, último detentor dos poderes econômicos, que os exercia de forma monopolística, assemelhando-se à administração doméstica do *pater familias*.

Mas, ainda no século XVIII, esta formulação altera-se, principalmente por intermédio da fisiocracia. É a noção de população, de povo estatisticamente apreciado e tratado que transforma a questão econômica em conceito mais específico, destacado da filosofia moral. Quesnay passa a considerar o bom governo como um governo econômico, como governo da população, ou seja, como gestão das relações de homens e coisas, cuja função já é econômica, no seu sentido contemporâneo. Começa nesse ponto a ocorrer uma ruptura com a clássica ideia de gestão familiar e com a de subsistência.

A novidade, a noção não mais de súditos, mas de população estatisticamente apreciada, faz modificar o conceito do governo econômico familiar, da gestão dos bens domésticos, destinados à subsistência, para passá-lo ao domínio do ambiente público, visto como resultado de agregação de determinações individuais. A gestão de bens para melhoria material da população em geral, de modo que todos possam usufruir rendas e produtos originados das atividades particulares, e a forma pela qual o homem se organizou social e politicamente para tanto são o elemento essencial do surgimento da economia. A fisiocracia estruturou um discurso possível para os problemas econômicos ao colocá-los em evidência, ao destacá-los como dado autônomo da realidade. Veja-se o seguinte exemplo de um discurso fisiocrata, com reflexos econômicos como conhecidos ainda hoje:

Não é só o comércio que é cosmopolita, mas também a indústria; ela apenas conhece como pátria os locais em que é chamada pelo seu interesse particular; a sua divisa é “ubi bene, ibi patria”: a natureza assim o quer. Contrariamente às propriedades fundiárias que são fisicamente agarradas à pátria, as riquezas mobiliárias e ocultas não se ligam às riquezas do Estado e só crescem à custa do Estado.¹

¹ Apud Philippe Norel, *A invenção do mercado: uma história econômica da mundialização*, p. 10.

A tradição fisiocrata, por sua vez, tem origens nas visões da sociedade política, da justiça e do direito mais comuns nos séculos XVII e XVIII, ligadas ao substrato racional neotomista, formado desde a reforma e que postulava uma sociedade e um direito natural decorrentes da razão ou da forma natural de entender questões práticas segundo a racionalidade em geral, manifestação evidente do humano. Para a corrente iluminista francesa, a sociedade política era vista de forma contratualista, assimilável ao Leviatã hobbesiano. As fórmulas representavam a adesão de todos ao pacto social, em vista de um fim comum, a segurança e a paz, *ethos* que conformava o homem natural no sujeito, capaz na vida civil em sociedade.

Grotius é elucidativo sobre o âmbito mais geral que permeava a visão do racionalismo continental na conformação da sociedade política e do direito. Ele desenvolve a tradição do direito natural, até reduzi-la a uma essência mínima, representada pelos direitos mais fundamentais decorrentes da razão, afirmando a necessidade de uma organização jurídica que assegure utilidade ao homem, interessado na segurança de obter aquilo que lhe seja necessário. Somente em sociedade esse fim se realizava.² Nesse sentido, o governo era visto como algo racional, tipicamente humano. Utilidade significava somente um bem serviente do bem supremo. Hugo Grotius parte de uma tradição comum ao seu tempo, que vinha da antiguidade, e que procurava explicar a formação das sociedades organizadas de um ponto de vista histórico. Essa história era natural e tinha conteúdos econômicos, na medida em que procurava determinar de que forma as organizações humanas eram eficientes na satisfação de necessidades de sobrevivência. Explicações sobre a imposição da vida coletiva partiam da ordem familiar e depois passavam às cidades e Estados, indo do núcleo mais elementar até chegar à visão cosmopolita. Sociedades políticas e direito eram explicados nesta perspectiva³, que levava à caracterização de um direito com fins práticos determinados, normalmente focalizados na preservação das condições fundamentais da existência humana, de evitar a guerra de todos contra todos. A preservação das condições para a paz social era, portanto, um fim que estava diretamente vinculado à estabilização das posses, da propriedade e ao cumprimento de promessas.

Esse cuidado pela vida social, de que falamos de modo muito superficial, e que é de todo conforme ao entendimento humano, é o fundamento do direito propriamente dito, ao qual se referem o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso

² Hugo Grotius, *O direito da guerra e da paz*, p. 43.

³ Idem, *ibidem*, p. 312-315.

tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens.⁴

A sociedade naturalizada pela razão expressa um direito natural também decorrente da razão, ambos, direito e razão, limitados pela regra moral reconhecida como seu fundamento, que, no mais das vezes e de forma ambígua, identificava-se com a norma teológica tradicional da fundação divina das sociedades humanas e do direito racional. O fundamento divino impunha-se de maneiras diferentes: ou era uma providência geral que nos determina só à vida em sociedade, deixando as formas e instituições por conta dos homens, ou uma providência particular, determinante também das formas reais de governo e de estado. Sobre essa relativa ambiguidade veja-se que em Grotius o direito natural é definido como aquele “ditado pela reta razão, que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena”.⁵ O direito natural era fundado na razão, mas adquiria sentido em uma moral cuja existência provinha da vontade de Deus e, portanto, não poderia ser visto como racional ou lógico em si mesmo, mas somente por referência a um aspecto teológico.

Em síntese, o direito natural pensado por Grotius tinha um substrato racional que o fundamentava, mas ainda resguardava um fundo teológico último. Conhecia-se o direito e a justiça pelo exercício da razão, natural condicionante do homem, que se voltava para o problema do fim das regras, de seus objetivos, quase sempre identificados com a ordem que pudesse manter a segurança da vida social. A prudência, nesse campo, não tinha maiores entraves e a dosagem do que poderia ser considerado justo ou de direito era equacionado em um determinado caso sem barreiras teóricas substanciais. Ao menos de um ponto de vista sistêmico, esses problemas não existiam, tanto quanto não existia a necessidade de teorização sobre a origem do direito natural e as normas individuais, que fosse além dessa racionalidade. Havia sim uma concepção de correção que precedia regras, criadas só para especificar o direito natural, mas a teorização sobre direito natural como uma espécie de pré-história do direito ou uma fase metafísica do direito só viria a existir no século XIX, com os positivismos jurídicos.⁶

A origem da sociedade política permanecia relacionada à ideia de contrato ou de transferência do poder ao soberano por acordo, a quem caberia formar o direito

⁴ Hugo Grotius, *O direito da guerra e da paz*, p. 39.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 79.

⁶ Philip Milton, *David Hume and the Eighteenth-century Conception of Natural Law*, pp. 25 e ss.

individual e adjudicá-lo em nome da paz. A especificação de regras, entretanto, deveria seguir a reta razão ou a regra que a precedia. Portanto, nem o absolutismo poderia avocar para si um papel totalitário: o poder dado a um soberano tinha necessariamente que obedecer às regras que o precediam e contra as quais seu ato de vontade seria impotente, posto que irracional.⁷

Essa tradição racionalista do contrato social, entretanto, foi alterada de maneira sutil pelo empirismo inglês. Locke afasta-se do racionalismo continental quanto ao conhecimento, ainda que o reafirme na política.

O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.⁸

Locke afirma duas coisas aqui importantes: que há uma moralidade decorrente da ordem natural das coisas e que esta ordem é constituída e apreendida pela razão. Além de uma moral antecedente ao direito e à própria formação das sociedades políticas, essência que seria natural, Locke distancia-se um tanto da ontologia cartesiana do *cogito*, porque a racionalidade não só apreende a natureza, mas a constitui. Essa forma de colocar um problema frequente no momento em que Locke fala está em sintonia com sua tese empírica sobre o conhecimento. Havendo uma sociedade e um direito natural, ambos decorrentes do exercício da razão natural, direito e sociedade política podem ser alçados à categoria de uma existência anterior às organizações humanas concretas e, assim, precederem particularidades de um único homem, de um específico governo ou de uma dada sociedade reais. Mas só a hipótese racional – homem, governo e estado – não significa que se possa conhecer algo, em seu fundamento, sem observar as sociedades históricas, reconhecidas pela razão como objetos dados, como fatos empíricos observáveis e passíveis de descrição. Aí está uma razão das muitas pelas quais o conhecimento no século XVII – e a teoria da ciência – volta-se para o método e inicia um progressivo discurso epistemológico.

Para Locke, objetos observados propiciam uma concepção posteriormente vista como primordial para o espírito científico ocidental. Cinco opções epistemológicas estruturam-se no pensamento lockeano: a recusa na exclusividade do modelo matemático

⁷ Kund Haakonsen assinala as tradições que explicavam o Estado de um ponto de vista lógico ou empírico, *Social Contract as Quasi-Contract: Thomas Reid versus David Hume*, p. 42-62.

⁸ John Locke, *Segundo tratado sobre o governo*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil, p. 36.

como parâmetro de verdade, a pluralização de alternativas cognitivas, a tendência a fundar o conhecimento não só em bases formais, mas também empíricas e indutivas, e, por fim, a observação do real.⁹

A vertente aberta pelo empirismo desenvolve-se no mesmo sentido do racionalismo continental iluminista, para também rever os fundamentos da moralidade prática, revisão que, possivelmente, seja a revolução iluminista por excelência.¹⁰ Mas foi Hume quem levou o empirismo a uma psicologização radical do conhecimento e deste ponto reviu a moral. Ele teve enorme influência sobre a estruturação das ciências humanas no século XIX, ainda que muitas vezes seu papel não seja de todo evidenciado. Na formação do pensamento econômico, na transposição do direito natural às posses e bens como forma de assegurar transações e liberdade de iniciativa, Hume é, sem nenhuma dúvida, fundamental.

3.2 Empirismo em Hume e as leis naturais econômicas – Hume, ao colocar a razão cartesiana em questão, levaria a ontologia do *cogito* a um ponto de ruptura. Subjetivar definitivamente o conhecimento e levá-lo a ponto de um empirismo radical foi seu caminho. Hume pensa em diálogo explícito com a tradição racionalista, inclusive a do direito natural.

Aqueles sistemas que afirmam que a virtude não passa de uma conformidade com a razão; que existe uma eterna adequação e inadequação das coisas, e que esta é a mesma para todos os seres racionais que as consideram; que os critérios imutáveis do que é certo e do que é errado impõem uma obrigação, não apenas às criaturas humanas, mas também à própria Divindade – todos esses sistemas concordam que a moralidade como a verdade, é discernida meramente por meio das idéias, de sua justaposição e comparação. Portanto, para julgarmos esses sistemas, basta considerar se é possível, pela simples razão, distinguir entre o bem e o mal morais, ou se é preciso a concorrência de outros princípios que nos capacitem a fazer esta distinção.¹¹

O trecho acima é extraído da primeira parte do Livro III do Tratado da Natureza Humana, quando Hume inicia seu mapeamento dos sentimentos morais ou seu trabalho moral propriamente dito. Ao pensar sobre o tema, ele aplica relações observáveis causais à razão e à ação. O procedimento fica claro no clássico exemplo do parricídio, em

⁹ Deborah Redman acentua a posição epistemológica de Locke, relacionando-a com a economia. *The Rise of Political Economy*: as a Science, p. 61 e ss.

¹⁰ “O iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política.” Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 353-354.

¹¹ David Hume, *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais, p. 496-497.

que há uma comparação entre o assassinato do pai pelo filho e a destruição de uma árvore pelo crescimento do broto por ela gerado.¹² Hume chega à conclusão de que os valores morais não são fatos que podem ser apreendidos pela razão. Eles são só sentimentos que estão em quem os aprecia. Se fosse o contrário, então conviria admitir que os mandamentos morais seriam preexistentes e obrigariam tanto o broto que tira a vida da árvore de que provém quanto o filho que mata o pai, porque a vontade humana no parricídio seria equivalente às leis do movimento na destruição da árvore-mãe, por consequências indistintas, a invocar aplicação das mesmas regras. O livre-arbítrio e a vontade humana explicariam a consciência do erro, mas não seriam suficientes para explicar a diferença, dado que as causas do parricídio e da destruição da árvore por seu broto são fenômenos análogos em vista de seus efeitos. Por isso, o vício ou a virtude estão em quem os aprecia e não existem previamente. Hume acaba novamente afirmando o princípio empirista que já estava presente na tradição inglesa desde o século XVI: “o vício e a virtude, portanto, podem ser comparados a sons, cores, calor e frio, os quais, segundo a filosofia moderna, não são qualidades nos objetos, mas percepções da mente”.¹³

Virtudes são sentimentos, vivenciados e aprendidos coletivamente, na busca de utilidades ou da realização de interesses, por força de paixões, que submetem a razão. Desse ponto, Hume passa a um argumento que ganhou certa proeminência mais recentemente, sobretudo no pensamento neopositivista do século XX e que ficou conhecido como lei de Hume, com influências profundas no normativismo kelseniano e na economia, ainda que nesta pareça ser mais persistente e generalizante. Ele é relacionado ao fato de que um dever-ser não pode derivar do ser¹⁴ nem este é constituído em termos de causa e efeito pelo dever-ser.

O argumento vem sendo relacionado a hipóteses distintas, que não parecem ser totalmente excludentes: ou Hume queria atacar os sistemas vulgares da moralidade

¹² David Hume, *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais, p. 506-507.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 508.

¹⁴ No capítulo 1 encontra-se a citação relevante para entender o argumento e que aqui se reproduz por comodidade: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. Idem, p. 509.

cristã, como sustenta MacIntyre,¹⁵ ou ele seria não mais que uma provocação aos racionalistas, com quem Hume pretendia, sem dúvida, dialogar.¹⁶ Ademais, a controvérsia gira também ao redor do cerne da concepção humiana. Valores só podem vir de considerações morais racionais ou eles podem ser constatados empiricamente? Já se afirmou que a moralidade não é objetiva, mas está no sujeito. Mas ela está no sujeito porque ele a constitui racionalmente ou porque ele a sente como um bem ou um mal? Em outras palavras, Hume asseverava que o dever-ser só poderia vir de um sentimento moral e, portanto, na origem, não racional ou poderia ser inferido racionalmente a partir de premissas de fato? Nenhuma das hipóteses pode ser vista como errada, o que leva à conclusão de que os valores morais são apreendidos a partir de sentimentos compartilhados socialmente, pois, caso não o fossem, então não poderiam ser apreendidos nem provocariam qualquer sentimento ou reação em quem observasse uma ação em concreto. De outra parte, os sentimentos são adequados pela razão. Assim, não parece que Hume estivesse preocupado em criar abismos lógicos entre as duas categorias, mas somente que o dever-ser tem uma natureza no ser conforme sentimentos adequados pela razão e que, por isso, deveriam ser definidos os termos em que as experiências convertem expectativas em leis morais.

A ambiguidade do trecho em comento pode ser reputada ao fato de que Hume não falava a uma tradição que opunha direito natural e leis positivas nem tinha a economia ou direito como um conhecimento científico. No máximo, no século XVIII, discutia-se se as leis de natureza poderiam ser assim chamadas, na medida em que não exprimiam deveres, mas eventos como resultados necessários de consequências naturais, o que propicia uma leitura invertida da passagem, em relação àquela comum hoje, de separação lógica insuperável entre o ser e o dever-ser. Hume parece no trecho mais preocupado em afirmar que o indivíduo não pode reconhecer a moralidade como resultado da razão, mas como uma existência não racional no homem. A questão não é separar o ser do dever-ser, mas de identificar que a origem da moralidade não se encontra em relação de causa e efeito com a razão. Hume, nessa leitura, estabelece que o dever-ser não é fato observado, e sim um tipo de vivência que a razão pode apreender. A diferença é sutil, porém significativa. De um lado, há provocação ao racionalismo – como em vários outros trechos do Tratado – e às tradições agrárias escocesas, vinculadas a concepções teológicas do certo e do errado. No entanto, de outro lado, ele precisava um ponto que poderia parecer

¹⁵ Alasdair MacIntyre, *Qual justiça? Qual racionalidade?* p. 334-335.

¹⁶ Philip Milton, *David Hume and the Eighteenth-century Conception of Natural Law*, p. 32.

excessivamente frágil em sua filosofia: se o dever-ser não era passível de conhecimento e fundamentação pela racionalidade natural, então do que se tratava? O que seria a justiça, se não era a expressão dessa racionalidade fundante?

Aquilo que Hume chama de obrigação natural para com a justiça decorre do exercício individual das paixões na coletividade, em busca de satisfação e de felicidade, expressas como utilidades.¹⁷ Por associação de ideias, um homem é levado a sentir repulsa pela injustiça que outro sofreu, como se a ele a injustiça tivesse sido praticada. A justiça não é mais uma regra racional preexistente, que a razão pode apreender. Ela é um sentimento que decorre da existência coletiva, assegurada por um governo. O governo não tem, assim, uma natureza contratual, mas empírica, ele é um artifício voltado para a manutenção da coletividade, que equilibra a conjunção nada favorável de necessidade e fragilidade humanas, de sobrevivência e paixões ilimitadas.

Governo e justiça não são naturais, porque decorrem de construções humanas, ainda que essas construções não fossem contratualistas nem racionais em essência, mas vivências. Eles são utilidades ou artifícios secundários,¹⁸ para os quais o homem é levado para assegurar a vida em sociedade, da qual todos dependem. Por esses motivos, Hume, ao naturalizar a concepção teológica que ainda permanecia nas ideias políticas e de direito natural no século XVIII, altera sua substância, mas não a maior parte de seus efeitos. Em Hume, vive-se em sociedade não por um acordo, mas pela busca da utilidade, da satisfação de interesses ou paixões, conforme as vivências individuais. O governo é útil na medida em que mantém a ordem necessária ao homem, sempre em função do todo. Por isso, as diferenças até esse ponto não têm maiores reflexos, dado que, mesmo considerada a fundamentação diversa, os fins do estado, do direito e da justiça permanecem sendo os mesmos estabelecidos pela tradição: são artifícios para preservação das condições necessárias à vida, buscadas individualmente por força da sobrevivência. O fato de os fins virem fundamentados racional ou moralmente ou ainda de considerações teológicas ou empíricas pode ter relevância nas especificações concretas de governos reais e não numa ideia abstrata de contrato. É que, com a visão empírica de uma moralidade feita pelo homem, sem concorrência da divindade e sem preponderância da razão, um governo constituído de forma não consistente com essa preservação da vida poderia legitimar-se com sua aderência, no tempo, aos princípios que patrocinassem as utilidades

¹⁷ David Hume, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, p. 247.

¹⁸ Alasdair MacIntyre, *Qual justiça? Qual racionalidade?* p. 335.

individuais. Em outras palavras, um governo real contrário, no início, ao interesse comum, poderia tornar-se conforme a esse interesse com o tempo, e daí ir se legitimando.

O direito, nessa visão, é especificação de regras ou da aderência à justiça e às imposições do interesse comum. O direito é mais uma forma de administrar a ação correta do que simplesmente um mandamento de autoridade, como viria a ser considerado no futuro pelo imperativismo de Austin. Ele pode determinar casos, segundo as utilidades dadas por quem cria as leis, tendo em vista a satisfação de paixões; estas, o único conhecimento de fato palpável para o indivíduo. Ele pode e deve especificar propriedade e as decorrências desta especificação. Pode e deve ainda determinar que os contratos sejam obedecidos, impondo consequências pelo descumprimento. O direito regula e caracteriza utilidades sociais, enfim, como se denota do seguinte exemplo bastante concreto: “as leis civis suprem o papel do código natural e atribuem diferentes períodos para prescrição, de acordo com as diferentes utilidades propostas pelo legislador”.¹⁹ Regras jurídicas seriam criadoras do ambiente adequado para a vida social, pois, por elas, os homens podem buscar suas próprias paixões, sem proibir que outros também assim façam, obedecendo às necessidades das sociedades históricas.

Podemos, em geral, observar que todas as questões relativas à propriedade são subordinadas à autoridade das leis civis, que estendem, restringem, qualificam e alteram as regras da justiça natural de acordo com a conveniência particular de cada comunidade. As leis têm, ou deveriam ter, uma referência constante à constituição do governo, aos costumes, ao clima, à religião, ao comércio, à situação de cada sociedade.²⁰

Por trás destas colocações havia a concepção de uma lei natural humana, não a do direito natural, mas uma lei que governa empiricamente os homens, em face de suas particulares circunstâncias. Os homens vivem coletivamente por necessidade, daí retirar do governo, da justiça e do direito uma funcionalidade de manutenção de condições econômicas de vida, traduzidas nas posses e na propriedade, sua transferência e a segurança das promessas. Mesmo que algum governo, uma justiça e um direito fossem instituídos com fins diferentes, a lei que determina essas três estipulações fundamentais acabaria prevalecendo.

Por mais iguais que se façam as posses, os diferentes graus de habilidades, atenção e diligência dos homens irão imediatamente romper essa igualdade. E caso se refreiem essas virtudes, a sociedade se rebaixará à mais extrema

¹⁹ David Hume, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, p. 258.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 258.

indigência e, em vez de impedir a miséria e mendicância de uns poucos, torná-las-á inevitáveis para toda a comunidade.²¹

O direito e a economia podem ser vistos como determinações das quais as sociedades humanas não escapam. Essas determinações não são leis *a priori* da razão, nem manifestações da divindade, mas são eticamente conhecidas, como verificações morais empíricas, com sentimentos aprendidos socialmente e refinados pela razão. Direito e economia passam a sistemas dominados pela contingência, e não pela vontade soberana, posto que almejam utilidades e, assim, devem responder às necessidades empiricamente verificadas dos homens. A utilidade do direito é a preservação da propriedade, imprescindível para a criação de utilidades.

“Qual é a propriedade de um homem?” qualquer coisa que ele, e apenas ele pode utilizar legalmente. “Mas que regra temos para distinguir essas coisas?” aqui temos que recorrer a estatutos, costumes, precedentes, analogias e centenas de outras circunstâncias, algumas das quais são constantes e inflexíveis, outras variáveis e arbitrarias. Mas o ponto derradeiro, no qual todas elas confessadamente terminam, é o interesse e felicidade da sociedade humana.²²

A funcionalidade do direito e da economia é a mesma da justiça, cujo fundamento é não uma racionalidade fundamental e abstrata, mas só sua conveniência para o homem, aprendida também na vida social, mediante a busca das realizações individuais, na arena social, em que as paixões movem à ação em busca do que é útil, daí resultando que essa busca coletiva forme aquilo que aprendemos a sentir como justo ou injusto, como correto ou incorreto.

A necessidade da justiça para subsistência da sociedade é o *único* fundamento dessa virtude, e como uma nenhuma qualidade moral é mais valorizada do que essa, podemos concluir que a utilidade é, de modo geral, a que tem mais força e exerce um controle mais completo sobre os nossos sentimentos.²³

Esse sentido humano do direito e das condições materiais para a existência influenciou profundamente as especificações jurídicas, via justiça, e econômicas que lhe seguiram.

Entretanto, foram necessárias algumas modificações e especificações do pensamento humano para que o classicismo econômico viesse a se instaurar. Elas ocorrem por meio do utilitarismo. A transição do pensamento de Hume para o utilitarismo foi proporcionada por algumas construções de Adam Smith, que elabora uma teoria da economia mais afinada e explicitamente apropriada pelo pensamento que lhes sucederia.

²¹ David Hume, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, p. 255.

²² Idem, *ibidem*, p. 258-260.

²³ Idem, p. 267. (Grifos originais)

3.3 Autointeresse realizado: a moral do expectador solidário – Adam Smith dispensa maiores comentários no que toca à sua influência econômica. Sobre isso muito já foi dito. De fato, a Riqueza das Nações é o ponto teoricamente mais completo e, por isso mesmo, mais seguro para o reconhecimento da economia como campo cultural específico. Na obra, encontram-se não só bases conceituais econômicas, mas ainda a articulação de todos esses conceitos típicos da economia num todo de larga abrangência. Pelo seu refino e amplitude, o autor é conhecido como o primeiro economista propriamente dito. A partida de Smith para estruturar um campo de conhecimento e formar um vocabulário específico, apontando para certos problemas destacados da dinâmica social, é certamente o método descritivo dos comportamentos humanos observados, de forte influência empírica. Da observação inferem-se leis naturais que regem a atividade humana na busca de suas paixões individuais, paixões que são o conhecimento mais seguro para cada um. Essas já eram afirmações humianas. A articulação lógica destas leis é tudo o que a ciência poderia fazer.

Na Riqueza das Nações, há uma tese subjacente a todos os livros, tese esta quase exclusiva, relativa ao problema do crescimento da atividade econômica. Crescimento e suas condições constituem um só fio que subjaz toda a obra, tanto na descrição do modelo econômico quanto nas recomendações de economia política. A Riqueza das Nações estrutura-se em cinco livros, dos quais os Livros I, II e III empreendem um modelo de funcionamento econômico. Os Livros IV e V fazem recomendações políticas para o crescimento. No entanto, para continuar o argumento que já se vem apresentando, basta ter em mente que as estruturas econômicas na Riqueza das Nações referem-se à tendência natural do homem para negociar e trocar os excedentes de seus esforços, que serão tão maiores quanto forem especializados. Em Smith, a divisão do trabalho não é uma função econômica só de uma indústria ou negócio ou de uma pequena comunidade, mas de toda a sociedade. Dividindo a produção de riquezas, o homem é capaz de produzir o maior saldo agregado de excedentes, que serão destinados à troca, em regime de mercado. O mercado, por seu turno, é possível na medida em que agentes, sem impedimentos externos, exerçam suas liberdades naturais, entendidas como realização do autointeresse. A busca individual proporciona o acúmulo do capital, segundo os méritos de cada um, capitais que se destinarão a novos empreendimentos.

É o indivíduo que escolhe o que, quanto e de que forma produzir, problemas até hoje fundamentais da microeconomia na teoria da oferta. O indivíduo terá sempre as melhores respostas para as questões mais fundamentais da produção, mediante suas

vivências e interações livres – não hierarquizadas – no mercado, cujo signo preponderante é o valor de troca. Neste sentido, a atividade econômica, tal qual a vê a economia nascente, é uma lei de natureza do homem, apreendida pela razão, que prescinde de normatização jurídica. Em Smith, já está presente a ideia de que o econômico deve ser exercido conforme as leis naturais que dão sentido às soluções eficazes para o problema da escassez. Estas leis podem ser observadas e, no máximo, estimuladas, nunca impostas pela legislação. A ciência econômica conhece e apreende a atividade livre do homem em busca de sua própria sobrevivência. A economia passa então, já no seu nascimento, de uma realização voluntária ditada por alguma autoridade, como mandava a tradição, a um exercício da razão individual, em espaço livre de ação autointeressada,²⁴ que o direito deve assegurar e não interferir. É dessa ação autointeressada que advêm os melhores resultados sociais.²⁵

Ainda que, na perspectiva econômica, essa visão seja praticamente consensual,²⁶ há nela um problema não propriamente econômico, mas moral. Se a realização do autointeresse, associada ao egoísmo, é o melhor meio de ver a conduta como adequada, então o egoísmo seria uma fonte de correção, e não de defeitos. Esta apropriação é problemática. Seria viável admitir o egoísmo como elemento mais fundamental da felicidade social? É concebível a segurança social, na realização egoísta do interesse individual? Na tradição moderna, o egoísmo e a vaidade não são apenas moralmente abjetos por seu descompasso deontológico. A modernidade, ao menos desde Hobbes, viu nas tendências egoístas exatamente a fonte de desagregação social. O agir para satisfação exclusiva do interesse próprio, sem freios, desestabiliza a máquina social, emperra-a até sua destruição. Entender como Smith dialoga com essa tradição²⁷ leva a um ponto importante sobre sua teoria moral, normalmente negligenciada, ainda que bem mais extensa, quanto aos efeitos, que a moralidade humiana, no sentido de dar maior especificidade à vivência pela qual se apreende o sentimento moral.

²⁴ O exercício de egoísmo como qualidade moral e não exclusivamente vício já estava em Hume, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, p. 282.

²⁵ Em *A riqueza das nações*, Smith afirma que o nível de vida dos camponeses europeus em relação aos soberanos é mais alto do que o de reis africanos, mestres absolutos de seus súditos. O desenvolvimento, em Smith, tem a função de melhorar as condições de vida dos mais pobres, porque num regime econômico baseado na liberdade o ótimo social é atingido. *A riqueza das nações*, p. 71.

²⁶ D. D. Raphael, *Adam Smith*, p. 46-75.

²⁷ Smith coloca-se diante de dois grupos que expressam duas tradições morais: um que “se empenhou em aumentar nossa sensibilidade pelos interesses dos outros; o outro, em diminuir nossa sensibilidade por nossos próprios interesses”. Adam Smith, *Teoria dos sentimentos morais*, p. 168.

A tese de Smith sobre a moralidade gravita ao redor do conceito de que uma pessoa observa o moralmente certo e errado em ações praticadas pelas outras, aplicando o julgamento a si em situações análogas. Da interação do observador na vida social surgem qualidades morais especificadas relacionalmente e passíveis de apreensão por observação empírica. A observação é natural da vida em sociedade, uma espécie de interesse solidário permanente, que prende os homens ao todo. Trata-se de uma paixão forte, para ficar em uma fórmula de Hume, que agrega. Ela depende de um juiz interno, de um espectador imparcial, capaz de, por empatia, colocar-se na posição do agente e de quem sofreu os efeitos de sua ação. A aplicação a si do que se aprende com a observação já não é, entretanto, o exercício de paixões, mas uma imposição de racionalidade, formada empiricamente. É que a observação solidária move-nos a aprender o certo e o errado, por meio de imaginação. O certo e o errado não são só aprendidos pelas possíveis consequências imaginadas de uma ação sobre nós mesmos, mas também pelos signos de aprovação e reprovação de uma ação manifestos por todos em sociedade. Observa-se a ação, daí se aprende por projeção dos possíveis efeitos sob si mesmo e pelos sinais de que a ação é certa ou errada.

Entretanto, agentes – observadores e atores da ação observada – são capazes de distinguir a correção da ação de seu mérito social. Eles são capazes de julgar a correção independentemente de sanções ou reprovações. O sentimento do correto é independente do louvor que se pode atribuir à correção ou da reprovação imputável ao erro. Pode-se buscar o louvor, mas isso não significa que essa busca vá automaticamente macular a ação, que, assim, projeta seus efeitos para fora de quem julga e de quem pratica. Pode-se agir para evitar a sanção, mas disso não se infere automaticamente a correção. Isso significa que tanto o observador quanto o agente de uma determinada ação tendem a equalizar a intensidade de seus próprios sentimentos e julgamentos para aproximarem-se o mais possível um do outro, pois é dessa interação que depende a existência de ambos em sociedade. O observador amplia seus sentimentos para aproximar-se do agente observado, que, por sua vez e pela mesma razão, os diminui. Desta forma, Smith separa, em seu mapeamento das virtudes, as qualidades do observador, ligadas à solidariedade, e aquelas do ator, ligadas ao autocontrole e à abnegação.

A teoria moral de Smith não é exatamente uma apologia do egoísmo, mas apenas uma assunção clara de que os julgamentos morais dependem não da razão tampouco de algum critério fixo externo ao agente, seguindo os passos de Hume, e em

evidente descompasso com a ética de virtudes ou do justo caminho, do caminho mediano, estabelecido pela tradição. Os julgamentos morais dependem de um certo padrão psicológico do homem em interação social. Assim, não seria moralmente reprovável que o homem agisse de maneira adequada para buscar proveito próprio. Na verdade, este proveito é o que se pode afirmar como o padrão observável de racionalidade para a própria ação e educa o agente para o correto. A correção é construída socialmente em função dos efeitos da ação e é apreendida nas interações sociais por projeções individuais, que dependem de solidariedade e abnegação.

Por isso, o interesse próprio na ação correta não é a mesma coisa que o egoísmo. O proveito da ação autointeressada é, assim, de todos, pois seus resultados beneficiam o agente e todos os outros. Um poder mais forte do que a vergonha da má conduta e o orgulho da boa é que move o homem. É o poder do juiz interno que impõe limites à ação. Não se trata de sua reprovação por algum princípio externo ao próprio agente, nem uma experiência subjetiva indeterminada. O julgamento da ação depende do poder do espectador imparcial, aquele que é capaz, por meio de empatia e solidariedade, de colocar-se na situação de quem age e de quem sofre a ação. Este espectador hipotético é o juiz de si mesmo, o juiz das ações, segundo seus efeitos sobre os outros e sobre o próprio agente. Segue-se deste conceito que é apenas o sujeito quem delimita a correção de sua ação, segundo o artifício do observador universal imparcial. Veja-se, entretanto, que não há em Smith uma adesão clara ao utilitarismo, porque a busca por aprovação baseia-se na imparcialidade do espectador solidário, e não na criação de felicidade.

[...] não é o amor ao nosso próximo, não é o amor à humanidade, o que nos motiva, em muitas ocasiões, a praticar as virtudes divinas. É um amor mais forte, um afeto mais poderoso, o que geralmente tem lugar nessas ocasiões: o amor ao que é honrado e nobre, à grandeza e dignidade e superioridade de nossos próprios caracteres.²⁸

Este juiz interno conforma a consciência individual²⁹ e não busca a solidariedade por amor aos outros, mas por razões próprias ao agente. Por repetição observada, o homem estrutura seus julgamentos morais, sinalizado pelos sentimentos de louvor e vergonha. Imaginando o produto da ação sobre si mesmo e o louvor da ação correta é que o homem determina o que é certo e o que é errado, o que é louvável e o que é reprovável.

²⁸ Adam Smith, *Teoria dos sentimentos morais*, p. 167.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 164 e ss.

Crescimento econômico e divisão do trabalho ligam-se à moralidade de Smith no sentido de que patrocinam a maior satisfação individual, sem recair na figura da guerra de todos. Eles produzem o melhor social por esses mecanismos que se podem observar na vida em sociedade. As estruturas econômicas e sociais, direito inclusive, dependem mais do julgamento individual do que dos artifícios explicativos contratualistas. Este interesse é limitado pelo mecanismo da imaginação. Smith não tinha mais em mente o egoísmo desagregador de Hobbes, mas o egoísmo como realização do autointeresse humano, fundamento do melhor produto social, a partir do agregado de ações que asseguram a subsistência. Isso era o que ele poderia afirmar observando a realidade.

Assim como Hume havia exposto uma moralidade com base no observado, no vivenciado, Smith também propõe uma solução moral psicologizada, só que neste caso menos dependente da tradição. Os sistemas morais em Hume e Smith se parecem, com a diferença de que neste a psicologia do agente busca reconhecimento não na repetição, mas, expressamente, nos jogos sociais de aprovação, interna do observador e externa social, pelo artifício do expectador solidário universal, que traz uma ideia de racionalidade revelada na experiência. Nenhum dos dois filósofos, por sua moralidade, pode ser visto como contratualistas. Seus projetos eram bem mais ligados ao observado do que a modelos hipotéticos. O que se busca agora é discorrer sobre a maneira pela qual esta última tradição não contratualista empírica alterou-se em direção ao utilitarismo, ponto fundamental no desenvolvimento do método econômico.

3.4 A função ideológica da economia política no utilitarismo – Afastar-se de superstições, tradições ou de uma moralidade universal religiosa por meio do modelo de um espectador imparcial³⁰ era preocupação marcante no final do século XVIII, quando o utilitarismo começou a tomar feição. A tese utilitária adere ao sujeito moral autônomo, movido pelo autointeresse, com base em Hume e Smith.

Este sujeito é muitas vezes confundido com o sujeito racional autônomo livre de constrições morais externas, obediente a fundamentos kantianos. Por isso, é possível articular o utilitarismo com a moralidade em Kant,³¹ no sentido de que a

³⁰ Como antes asseverado, Hume, por exemplo, já afirmava a busca individual de utilidade por sentimentos calmos, adequados socialmente, na expectativa de que todos o fizessem de uma mesma forma, tanto quanto afirmava Smith. David Hume, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, p. 267-268. Stuart Mill, bem depois, fala ainda no *espectador desinteressado e benevolente*. John Stuart Mill, *Utilitarismo*, p. 202.

³¹ Como faz John Harsanyi, *Morality and the theory of rational behaviour*, in A. Sen e B. Williams (Ed.), *Utilitarianism and beyond*, p. 62.

felicidade seria o único elemento moral racional passível de apreciação em um mundo fundado na autonomia individual ou no indivíduo como centro independente de deliberação moral. A associação, entretanto, não é clara, dado que do indivíduo livre e igual, autônomo em sentido kantiano, não se deduz automática e indubitavelmente um modelo de racionalidade individual como a usada na economia por influência do utilitarismo. A maior diferença está no fato de que um sujeito autônomo em sentido kantiano age conforme lhe dita a razão, independentemente das consequências. O homem não poderia agir de qualquer outra forma senão em conformidade com sua razão, o que veda aproximações instrumentais do tipo utilitário, como o homem é meio para realizar certos bens úteis coletivos.

O utilitarismo acata a reciprocidade ou a universalidade kantiana. Racionalmente, o bem tem que ser pautado por um critério universal. Mas o útil não provém do imperativo categórico de Kant, que para a tese utilitária sofre adaptação ao sujeito imparcial ou ao sujeito que age em busca do próprio interesse e aceita que os demais assim o façam, todos em benefício coletivo criado de forma não consciente. No utilitarismo, racional é a ação praticada para satisfazer o bem coletivo, que o próprio interesse individual pode revelar. A universalização kantiana corresponderia à ação correta e, portanto, racional, que se quer como lei universal. Entretanto, a ação adequada passível de observação para aprendizado pelo observador imparcial e solidário não se refere à condição transcendente da razão. A ação adequada aprendida socialmente só pode se referir a um critério comum universalmente aceito, como um mínimo racional que dê sentido ao aprendizado. Para apreender o que é correto, o homem observa e julga. Ele julga tendo em mente o requisito de universalidade, mas não o imperativo que por si mesmo explica-se na razão.³² A satisfação de desejos revela a felicidade e corresponde ao mínimo racional de todos, ao menos no utilitarismo escolástico.³³ Logo, não há uma ligação

³² Sobre este aspecto em particular, observe-se a ressalva de John Harsanyi: “Kant acreditava que a moralidade é baseada no imperativo categórico de maneira que qualquer um que queira ouvir a voz da razão deve obedecer aos comandos da moralidade. Mas eu não acredito que ele estivesse certo. Tudo o que nós podemos provar por argumentos racionais é que qualquer um que queira servir nossos interesses comuns de maneira racional deve seguir esses comandos”. No original: “Kant believed that morality is based on a categorical imperative so that anybody who is willing to listen to the voice of reason must obey the commands of morality. But I do not think he was right. All we can prove by rational arguments is that anybody who wants to serve our common human interests in a rational manner must obey these commands”. John Harsanyi, *Morality and the Theory of Rational Behaviour*, in A. Sen e B. Williams (Ed.), *Utilitarianism and beyond*, p. 62.

³³ O termo escolástico é aplicado ao utilitarismo primeiro, na versão de Bentham, pelo qual a ação correta é aquela da qual se extrai o maior saldo de felicidade para todos. Só essa ação seria racional. Hans G. Ulrich usa o termo escolástico como orientação de base da qual derivam os vários utilitarismos (*de felicidade, de*

imediate da racionalidade utilitária com a formação mesma do imperativo categórico, cuja imposição, por sua racionalidade intrínseca, determinaria, em relação transcendental de causa e efeito, a adequação do ato independentemente de suas consequências concretas ou de quaisquer fins. Por estes motivos, a tradição utilitária leva à formação de um teor moral racional significativamente diferente do kantiano. Na ação do sujeito livre e racional, respeitada a ideia de reciprocidade, o utilitarismo nasce de uma função que relaciona diretamente o agir individual e seus efeitos sobre o todo social, mas não em termos contratuais. Valioso é o ato ao qual se imputa o aumento da felicidade de todos. Por felicidade pode-se entender todas as coisas livremente buscadas pelos homens. O utilitarismo inicial pressupõe então um bem ao qual todos se dirigem, a felicidade.

Chega a ser prosaica a forma como esse bem se determina inicialmente. Apropriando-se das colocações empiristas que lhe precederam, o utilitarismo passa a indagar sobre o que consistiria um ponto mais genérico do qual se apreendesse a racionalidade da ação. Agir corretamente quer dizer agir conforme o espectador solidário de Smith, que experimenta a adequação do agir pelo resultado. A tese utilitária mais geral passa a ser promoção da felicidade e o afastamento da dor como os critérios primordiais para apreciação ética da ação e das instituições humanas.³⁴ Afastar-se do desprazer e alcançar a maior satisfação seriam os elementos morais mínimos razoavelmente racionais que sustentariam uma ética distanciada da tradição e da virtude em moldes deontológicos aristotélicos e ainda assim universal. O pensamento utilitário é, portanto, ligado às consequências, ao menos quanto à ordem para criar o bem próprio, do qual todos os outros aproveitam. A tese é consequencialista, no sentido de que a predicação da ação correta depende de certos resultados reais verificados sobre a máxima felicidade.

A felicidade (ou satisfação ou preferências informadas ou escolhas, como propõem as evoluções do pensamento utilitário e que foram comentados no capítulo anterior) é um bem e este deve ser maximizado. Mas esse bem não é determinado. Ele pode ser qualquer coisa, inclusive desrespeitos a direitos fundamentais, por exemplo. Além disso, não há como agregar diferentes níveis de felicidade ou de satisfação.

Como padrão normativo, o utilitarismo falha, pois equaliza as possibilidades de satisfação de desejos e necessidades dando maior ênfase aos méritos, porque deles decorrem elementos de agregação mais precisos. Em outras palavras, o mérito da ação se

preferência, de proveitos, de felicidade-por-cabeça, de regra, de ação). George Enderle et al., *Dicionário de ética econômica*, p. 646.

³⁴ John Stuart Mill, *Utilitarismo*, p. 187, e Jeremy Bentham, *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, p. 4.

associa a critérios de agregação de forma imediata. Em uma sociedade organizada para a liberdade de exercício individual da ação, por meio da propriedade privada e dos contratos, as retribuições das transações são objetivas e proporcionam uma conta de agregação imediata, ligada a meios monetários.

Entretanto, seria incorreto afirmar que justiça e direito utilitaristas não passariam de imposição de regras jurídicas para assegurar só aspectos retributivos. Nem mesmo, com base em afirmações expressas a respeito,³⁵ se pode afirmar que o utilitarismo afasta conceitualmente toda e qualquer consideração redistributiva, previsto que ela maximize o bem social.

Por esses aspectos, a visão utilitária foi uma propulsão muito clara na conformação de um estado liberal e do classicismo econômico sob dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, ela simplifica as elaborações complexas do pensamento que a precede e apresenta-se como uma opção política e econômica mais compreensível, ainda que simplória, direcionada à felicidade, segundo os méritos, como padrão racional.

Em segundo lugar, o utilitarismo apresenta-se como uma alternativa de transformação permanente, sem os traumas que a Revolução Francesa havia colocado, porque exorta a ação individual em busca de felicidade, sem predeterminar o que seja isso. É melhor explicar que havia, neste tempo, dois modelos de revolução, duas formas de transformação. A Revolução Francesa, representativa de uma ruptura violenta, e a Revolução Industrial inglesa, que, na primeira metade do séc. XIX, já não revelava nenhum traço de violência, e, ainda assim proporcionava a dinamização da vida em sociedade, uma promessa de satisfação geral. A opção pela fórmula da Revolução Industrial era bem mais palatável para gosto de quem havia sofrido as tragédias das então recentes transformações sociais e políticas. Por isso mesmo, o utilitarismo e a economia política nascente tiveram uma função ideológica ao se mostrar como uma opção a rupturas traumáticas, não só por ser de fácil entendimento em termos científicos, mas, principalmente, por ser mais pacífica ao buscar explicitamente o incremento da felicidade de todos igualmente considerados. Paradoxalmente, embora não contratualista, o utilitarismo apela para uma ideia comum de felicidade geral, calcada na satisfação.

Esse fenômeno parece ser bastante generalizado em todo o mundo. No Brasil, economia política nascente e utilitarismo parecem se amalgamar no nascimento do estado, principalmente pelas lições de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu. O

³⁵ John Stuart Mill, *Utilitarismo*, pp. 241-277.

primeiro livro editado no Brasil, em 1808, após a transferência da sede do império colonial português, foi a obra de Cairu, *Observações sobre o comércio franco no Brasil*, um elogio flagrante à abertura dos portos às nações amigas, especialmente à Inglaterra, que ocupa toda a segunda metade do livro. O discurso tinha uma séria proposição econômica, claramente de feição clássica e partindo do espectro liberal do século XIX. A lição de Cairu, muito criticada por suas inconsistências teóricas e por se tratar mais de um libelo político, já antecipava as discussões teóricas de seu tempo, como os argumentos de Ricardo, na disputa livre-cambista inglesa. Para Cairu, o fundamento da abertura do comércio estava na melhoria das rendas proporcionada pela liberdade de oferta e demanda.

Quanto maior for o número dos compradores dos gêneros coloniais, tanto mais extração, e valor, terão estes; e conseqüentemente se animará a sua ulterior e recrescente reprodução. Só o custo, e o provimento de víveres dos navios estrangeiros, ocasionará um considerável aumento de nossa agricultura. A concorrência daqueles mesmos na venda de seus efeitos fornecerá muita variedade de suprimentos, e aos mais favoráveis termos que se possa em nosso benefício. Assim, o Brasil lucrará tanto no bom preço das suas vendas, como no bom preço de suas compras.³⁶

Como é claro, as ideias de Cairu estão vinculadas à de mercado.

Para se fomentar a agricultura, e qualquer ramo da indústria, o essencial é a certeza e a extensão do mercado, que assegura o legítimo proveito dos interessados, tendo os gêneros na compra e venda o seu preço natural, isto é, o reembolso dos valores, que Smith mostra necessariamente entrar na composição de tudo o que é venal, ou objeto de circulação mercantil.³⁷

Estes elementos colocam que o utilitarismo ofereceu, no início do século XIX, possibilidades sociais de transformação política e econômica que ultrapassavam a moralidade da razão fundamentadora por natureza da humanidade. A racionalidade utilitária propunha um fechamento sobre as indeterminações deste racionalismo pela via do empirismo e do observador solidário. A satisfação dos desejos individuais, segundo os méritos desses indivíduos em suas interações sociais, oferecia, ademais, um método para análise da agregação de felicidade em termos monetários. Esses pontos fecharam as bases do classicismo econômico e, ainda hoje, qualificam-se como fundamentos da economia científica, conhecimento que se propunha cumprir as promessas de liberação do homem.

As leis naturais de pessoas agindo livremente, em busca de sua máxima felicidade, apreendidas pela racionalidade científica, qualificariam por muito tempo a boa vida. A economia política coloca-se então como alternativa racional a mudanças radicais.

³⁶ José da Silva Lisboa, *Observações sobre o comércio franco no Brasil*, in Antonio Penalves Rocha, *José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu*, p. 71.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 71.

A ciência econômica traria a maior prosperidade por uma revolução permanente, organizada e progressista. Certa é a ação que busca felicidade, qualquer que seja ela. Nisso se vê um projeto político que assegura uma espécie de revolução na paz. Ele exorta a racionalidade coletiva à ação individual em busca de fins individuais, daí decorrendo o melhor social, em uma relação de causa e efeito. Por isso, a racionalidade instrumental utilitária vê na ação humana correta – racional – um meio para atingir o ótimo social. A visão instrumental da ação já é um modelo de racionalidade apreensível empiricamente pela razão e, por isso mesmo, de profunda influência sobre os economistas clássicos do século XIX.

Will Kymlicka afirma este mesmo ponto revolucionário do utilitarismo no seu nascimento, mas sem as possíveis críticas ideológicas que já se podiam fazer naquela ocasião.

Na verdade, o utilitarismo, como movimento político e filosófico consciente de si, surgiu com uma crítica radical da sociedade inglesa. Os utilitários originais eram “Radicais Filosóficos” que acreditavam em repensar a sociedade inglesa, uma sociedade cujas práticas eles acreditavam não ser produto da razão, mas da superstição feudal. O utilitarismo, nesse tempo, era identificado como um programa político progressista e preocupado com reformas – a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem-estar social etc.³⁸

Mas a noção da racionalidade mínima da felicidade satisfeita como medida para a correção do agir mostrar-se-ia, depois de sua expansão e determinação de novas propostas políticas e sociais, bastante incompleta, contraditória, quando não simplesmente errada, como colocado no capítulo antecedente. Ademais, havia a relevante crítica socialista sobre o trabalho. Se a produção, o trabalho, é que define o valor de troca dos bens econômicos que satisfazem os desejos, como propôs Smith e sua leitura utilitária, então por que não era o trabalho o mais valorizado bem no pensamento econômico clássico? A indagação era e é, ainda hoje, no fundo, sem resposta.

Não obstante todas essas críticas, o primeiro liberalismo político e o classicismo econômico, fundados no empirismo, na moralidade do expectador solidário e na satisfação de desejos individuais, conformaram a vida contemporânea. Ambos se transformam na estrutura sob a qual o homem concebe suas possibilidades de existência segundo a recompensa pelos méritos livremente alcançados. Esse signo do merecimento será abordado a seguir.

³⁸ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 60.

3.5 Robinson Crusoé como metáfora da racionalidade econômica clássica – A economia clássica tem uma metáfora largamente usada em manuais, relativamente à correção individual da ação em busca da própria satisfação. Seu poder é exortativo dos méritos individuais, dos quais emerge o ótimo social. O paradigma literário parece contextualizar simbolicamente este modelo clássico de racionalidade econômica, Robinson Crusoé,³⁹ invariavelmente colocado como exemplo da formação da sociedade econômica⁴⁰ pela via da ação do sujeito racional. A breve digressão sobre o símbolo,⁴¹ a seguir, é uma ligação importante dos argumentos da seção anterior com a instrumentalidade da razão econômica em direção aos modelos, objeto do próximo capítulo.

A estória é conhecida. Robinson Crusoé, em busca de sua realização individual, de suas paixões, de conhecer o mundo, se lança em empreendimentos arriscados, afastando-se da tradição. Ele quer satisfazer sua ânsia, e, por isso, inicia uma longa jornada, primeiro na Inglaterra mesmo, terra natal em que, com alguma astúcia, amalha poupança. Parte para aventuras no mar, quando é preso e transformado em escravo na costa da África, conseguindo de lá escapar com um companheiro que o ajuda. É salvo por navegante português, que o traz ao Brasil, onde aprende o cultivo da cana. Com parte das reservas que havia reunido em Londres, antes de sua primeira grande viagem, inicia seu empreendimento, o qual lhe dá bons resultados. Mais uma vez, movido pela vontade de aumentar seus ganhos, empreende viagem à África para comerciar escravos, ficando à deriva no Caribe, após tempestade. Crusoé, o náufrago, vai dar numa ilha, onde vive só por 35 anos. Neste período trabalha de forma tenaz, consciente e racional, para manter-se humano, ainda que isolado, sem saber onde estava. No final de sua vida na ilha, aparece-lhe o companheiro Sexta-Feira, salvo de canibais pelo próprio Crusoé. Consegue retornar à Inglaterra, descobrindo-se em excelente situação financeira, pelas plantações de

³⁹ Hal Varian, *Microeconomia* – princípios básicos, p. 633 e ss. e Gregory Mankiw, *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*, p. 583.

⁴⁰ Marx rejeita qualquer lucidez na metáfora, tão amplamente usada pelos clássicos: “A economia política adora imaginar experimentos robinsonianos”. Em nota: “Ricardo também não está livre de mancadas robinsonianas”. “Ele transforma o pescador e o caçador primitivos em donos de mercadorias, peixe e caça, que permutam na proporção do tempo de trabalho incorporado nesses valores de troca. Cai, então, no anacronismo de fazer o pescador e o caçador selvagens consultar as tabelas de anuidades, de uso corrente na Bolsa de Londres de 1817, para calcular o valor correspondente aos instrumentos de trabalho. Os ‘Paralelogramos de Owen’ parecem ter sido a única forma de sociedade que conhecia, além da burguesa”. Karl Marx, *O capital*, p. 98.

⁴¹ Uma crítica literária mais extensa poderia levar mesmo à negação do símbolo, como visto pelos argumentos padronizados da economia. Aqui, a pretensão é só tirar do escrito alguns trechos particularmente relevantes, na ideia de racionalidade econômica. Usa-se a tradução brasileira, feita por Celso Paciornik. Daniel Defoe, Robinson Crusoé.

cana no Brasil e pelas poupanças que o uso racional de recursos outrora havia proporcionado. Ainda assim, vai às Índias Orientais para abocanhar mais. No retorno, morre.

Dois pontos parecem essenciais na aventura. O primeiro é o distanciamento de Crusoé da tradição familiar e o segundo, na razão como instrumento essencial de seu sucesso econômico. Crusoé não busca a *thimé*, mas o valor das coisas. Sobre sua busca individual e destacamento da tradição de uma moral deontológica de virtudes e mesmo do caminho natural mediano estoico, observem-se os termos em que seu pai lhe fala, antes de seu desgarre:

A condição mediana, no entanto, é a que sofria menos infortúnios e não estava exposta a tantas vicissitudes quanto as partes superior e inferior da humanidade. Sim, ela não ficava exposta a tantas perturbações e inquietações, fossem do corpo ou do espírito; que aqueles cuja vida de vícios, luxo e extravagâncias, de um lado, ou de trabalho duro, carência das coisas necessárias e dieta pobre e insuficiente, de outro, atraíam para si a perturbação como consequência natural de seu modo de vida. Disse-me que a condição mediana estava adaptada a todos os tipos de virtudes e a todos os tipos de satisfação; que paz e plenitude eram as criadas de uma fortuna mediana; que temperança, moderação, sossego, saúde, cordialidade, sendo todos usos apazíveis e prazeres desejáveis, eram as bênçãos que aguardavam a condição média de vida. Era desse modo que os homens passavam de maneira discreta e suave pelo mundo e saíam dele confortavelmente, sem ser perturbados pela lida braçal ou cerebral.⁴²

A resposta de Crusoé à tradição invocada por seu pai é a busca de satisfação individual de anseios inexplicáveis, à luz da tradição, mas perfeitamente compreensíveis na substituição do *thimé* antigo pelo merecimento do sujeito moderno. O merecimento é parte da construção de uma racionalidade individual em que os motivos da ação instrumental passam não pela vida da *polis*, mas pelas próprias paixões individuais, que submetem a razão tornada em instrumento para sua satisfação. Razão é o melhor cálculo para agir. A respeito do uso permanente da razão para alocar seus recursos, seus esforços, seu tempo, na obtenção dos melhores resultados, várias passagens poderiam ser citadas de Robson Crusoé. Fica-se aqui com uma que é ao mesmo tempo elucidativa sobre a instrumentalização da razão econômica e sobre o aprendizado permanente a que se expõe todo aquele que se esforça, instrumentalmente falando. É o trecho em que Crusoé trabalha incansavelmente para construir uma canoa. Ao final, não consegue transportá-la para o mar, tornando nula sua utilidade e vão o esforço: “Isso me entristeceu profundamente e

⁴² Daniel Defoe, *Robinson Crusoé*, p. 14.

só então eu vi, embora tarde demais, a loucura de se iniciar um trabalho antes de calcularmos os custos e avaliarmos corretamente nossas forças para realizá-lo”.⁴³

Um pouco mais adiante, Crusoé reflete sobre o desvalor daquilo que, sem utilidade, não se presta às trocas. Ao mesmo tempo, parece um vaticínio sobre as crescentes necessidades impostas pela razão instrumental moderna:

Em poucas palavras, a natureza e a experiência me ditavam, depois de uma justa reflexão, que todas as coisas deste mundo não são boas para nós além do uso que fazemos delas. Que tudo que podemos acumular, aliás, para dar a outros, nós só desfrutamos o quanto que podemos usá-las, não mais. O avarento mais ganancioso do mundo ficaria curado do vício da cobiça se estivesse na minha situação, pois eu possuía infinitamente mais do que saberia o que fazer com aquilo. Eu não tinha espaço para desejo, exceto por coisas de que não dispunha, e elas não passavam de ninharias, embora de grande utilidade para mim. Eu tinha, como sugeri antes, num pacote de dinheiro, além de ouro e prata, cerca de 36 libras esterlinas. Mas, ai de mim! Lá estava aquela coisa lamentável e inútil; eu não tinha o que fazer com ela e freqüentemente pensava comigo mesmo que daria um punhado daquilo por uma dúzia de cachimbos ou um moinho de mão para triturar meus grãos.⁴⁴

Muitos outros trechos poderiam ser acrescentados aos pequenos excertos acima. No entanto, eles já mostram o suficiente: a razão direciona a ação correta, aquela que produz os melhores resultados, na satisfação dos anseios individuais. Se as paixões movem, elas só se realizam na ação planejada, racionalmente determinada ao fim econômico. Ao seu exercício regular mostram-se os benefícios certos do merecimento. Aquele merecimento que está no fundo do espírito capitalista de exploração econômica e apontado por Weber na formação da cultura do mercado, ligada à ética ascética protestante.⁴⁵

Com esse pequeno exemplo de como a imagem do homem atuando sozinho, explorando seus próprios potenciais, até hoje usado nos textos introdutórios de economia para mostrar o economicamente correto, ficam claros os pontos mais básicos da heurística econômica. A assunção geral da economia para o modelo analítico de racionalidade do sujeito é o caráter exógeno da formação de preferências. Isso significa que o sujeito racional modelar escolhe o curso de ação ou determina suas preferências por estímulos externos para maximizar seu interesse, de forma relativamente independente de suas crenças individuais: embora sendo um centro autônomo de decisão, o sujeito molda seu agir – e isso é relevante para descrever positivamente a ação – estimulado pelo ambiente.

⁴³ Daniel Defoe, *Robinson Crusoé*, p. 114.

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 115-116.

⁴⁵ Max Weber, *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, especialmente pp. 141 e ss.

Assim, duas pressuposições dominam o agir racional econômico, o egoísmo (maximização do interesse, qualquer que seja ele) e a objetividade de informação (na apreensão do ambiente que conforma o agir). Não se trata obviamente de ver o homem sem altruísmo ou insensível aos demais nem de que, para cada curso de ação, ele terá a correta informação e será capaz de processá-la adequadamente em vista da escolha de meios e fins. Os pressupostos apenas afirmam que, do ponto de vista positivo, as descrições atribuem esses predicados ao ator e às circunstâncias, para apreender sua racionalidade. Esses pressupostos passam aos modelos, ou melhor, os modelos apreendem esses predicados.

3.6 Classicismo econômico e modelos – Necessário articular, de forma mais precisa, os pensamentos antes desenvolvidos em direção aos modelos que os expressam. Os modelos econômicos funcionam de forma análoga às suposições dogmáticas do direito, com uma diferença significativa. É que os modelos econômicos pressupõem, de forma não muito clara, alguns elementos normativos, de como deve ser a ação econômica racional. Esse pensamento está nas linhas antecedentes, mas de maneira esparsa. Agora se pretende explicitar a razão instrumental econômica como estipulação do classicismo econômico, em função da primeira tradição liberal.

No direito, Hume e Smith dão particular importância à propriedade, aos contratos e à noção de retributividade.⁴⁶ A originalidade das concepções de Hume e Smith está exatamente em naturalizar a ação humana observada e conceber um sistema que incluísse não a razão como fundamento, mas todo o complexo de circunstâncias que nos motivam à ação. O homem é só aquilo que ele pode conhecer pela experiência, segundo seus próprios pontos de vista, que se vão formando na vida social. Hume e Smith falavam a uma sociedade carente de novos paradigmas de justificação. Suas respostas foram diferentes do projeto iluminista francês, que permaneceu mais ligado ao racionalismo. E nesse ponto os autores parecem paradoxais. As soluções para a subjetividade radical do empirismo eram, no caso de Hume, a tradição ou a repetição de expectativas, e no caso de Smith, a satisfação individual. Não estamos fadados à tragédia, porque tendemos, por nossas paixões, à sobrevivência, que se torna mais e mais estável, com o trabalho e com a força da criação humana, para superar seus problemas.

⁴⁶ Waine Morrison assinala a importância de Hume para o direito, em *Filosofia do direito*, p. 153. MacCormick expõe as estruturas jurídicas mais fundamentais para Smith, em *Legal Right and Social Democracy*, p. 119-123.

As virtudes são sentimentos dos quais podemos nos orgulhar e a humildade é um sentimento mais adequado aos vícios, dos quais tendemos a nos afastar. O orgulho traduz a correção do ato destro, prudente, constante, tenaz, frugal, assíduo. Ele é legítimo porque ligado à convivência proveitosa socialmente. A humildade está relacionada ao ato submisso a Deus, que já não era mais parte fundamental dessa arena.

Por esses traços, comuns aos dois autores, a justiça é o que assegura os méritos. Percebemos sua concretude só na vida social e na medida em que ela corresponda a nossas perspectivas de retribuição. Aguardamos que todos se pautem por ela tanto quanto nós mesmos. Essa convenção, esse artifício, é inegavelmente um fundamento, mesmo que por vezes oculto, de nossas ações ou de nossas percepções sobre as ações dos outros. Há uma ação correta e justa que sentimos como tal, envolvendo-nos integralmente na sua avaliação. A justiça retributiva é um resultado natural das interações sociais e, por prescindir de um centro de vontade, ela deve prevalecer. A justiça redistributiva não tem a mesma qualidade e só pode ser obtida pela intervenção da ordem estatal. Hume afasta os fundamentos do direito natural e determina a utilidade como parâmetro, e não a reta razão. Smith volta-se para o agir econômico, mais explicitamente sobre os conceitos da divisão do trabalho, patrocinador do crescimento econômico.

Nos dizeres de MacIntyre, “A pleonexia finalmente criou para si um mundo social onde se sentisse à vontade, conseguindo a estima que a ‘thimé’ antes conferia”.⁴⁷ Estas noções levam à ideia clara de que a ação humana, campo comum de referência para o direito e a economia, só poderia ser vista como adequada se tivesse por medida os conhecimentos observados pelos homens na interação social livre, da qual decorreria o melhor proveito geral, como propõe o utilitarismo. A propriedade torna-se meio para realizar os fins sociais via transferências mediadas pelo dinheiro. A propriedade não é só sobre bens, mas também sobre si mesmo.⁴⁸ Deste artifício conceitual, da propriedade de si mesmo, torna-se possível a venda da força de trabalho no mercado por salário. A renda decorrente da monetização das relações de trabalho financia a expansão econômica, aqui ainda pelas possibilidades de acumulação de capital, não vista ainda na formulação marxista da mais-valia. O capitalismo cria assim sua referência mais fundamental: a possibilidade de geração contínua de renda e emprego, por seres livres em busca de seu autointeresse.

⁴⁷ Alasdair MacIntyre, *Qual justiça? Qual racionalidade?*, p. 336.

⁴⁸ Usa-se aqui a terminologia de G. A. Cohen, *self-ownership*, traduzida por propriedade de si mesmo ou propriedade de si. *Self-ownership, freedom and equality*, especialmente capítulo 7.

Essas transformações facilitaram de modo evidente o estabelecimento da economia como ciência, metodologicamente fundada, em primeiro lugar, sobre a observação social das ações, que, ao menos quanto aos bens materiais, podiam ser quantificadas e, assim, padronizadas. As bases definidas proporcionaram a formação das leis econômicas do crescimento, mercado e divisão do trabalho sob influência de alguns autores exemplares, como Malthus e Ricardo, no início do século XIX,⁴⁹ fundamentais para o estabelecimento de critérios de agregação ou de algoritmos econômicos de soma das satisfações.

Paradoxalmente, ao menos até John Stuart Mill, estes economistas não acompanharam o otimismo algo ingênuo de Adam Smith. Malthus refez as projeções otimistas de crescimento baseadas na atividade do homem comum livre, pela impossibilidade de atendimento às necessidades humanas. A potência reprodutiva do homem crescia sempre geometricamente, enquanto a produção (e a oferta) só poderia crescer aritmeticamente.⁵⁰

Ricardo aplicou tese parecida à renda e ao salário, afirmando a inviabilidade de reprodução econômica como proposto por Smith e como a racionalidade utilitária exigia, porque a renda se concentraria em mãos do capitalista. Assim, a renda jamais chegaria a patrocinar a satisfação da maioria, porque salários não poderiam crescer na mesma proporção⁵¹ exigida pelo crescimento das classes trabalhadoras. Só essa proposição já mostra um refinamento da economia política nascente em direção a um método: Ricardo assume que o problema do indivíduo é extremamente relevante na agregação. O indivíduo age em reação ao meio com o fim de patrocinar o bem de todos ou reage no conjunto em resposta à sua posição economicamente definida? A resposta de Ricardo foi de que o indivíduo não era de fato livre para tomar a melhor decisão para si e para todos. As

⁴⁹ Os desenvolvimentos clássicos propriamente ditos implicariam discussão que foge ao âmbito do trabalho. Para as questões substantivas e metodológicas da economia clássica, ver Deborah Redman, *The Rise of Political Economy: as a Science*, pp. 205-354.

⁵⁰ “Uma vez que ele havia estudado matemática, pode-se assumir que Malthus desenvolveria um gosto subsequente pelo abstrato. E de fato foi assim: sua teoria da população foi baseada em razões geométricas e aritméticas.” No original: “Because he studied mathematics, we might assume that Malthus would subsequently develop a taste for abstract. And so he did: His theory of population was based on geometrical and arithmetical ratios”. Deborah Redman, *The Rise of Political Economy: as a Science*, p. 269.

⁵¹ “A teoria dos salários de Ricardo é muito simples: qualquer aumento de preço no salário implica diminuição dos valores das ações. Em outras palavras, salários só podem aumentar às custas dos lucros ou vice-versa. Portanto, quando a população cresce, a lei dos retornos decrescentes causa sempre aumento dos preços, o que significa preços mais altos e salários mais baixos para os trabalhadores. No original: Ricardo’s theory of wages is very simple: whatever raises the wages of labor lowers the profits of stock. In other words, wages can only rise at the expense of profits or vice versa. Thus, when the population swells, the law of diminishing returns causes continuous rises of prices and low wages for the workers.” Idem, *ibidem*, p. 269.

respostas na vida social eram determinadas por fins preestabelecidos para os agentes, que se viam compelidos à sua realização. Nesse sentido, Ricardo assume que o indivíduo, em matéria de interação econômica, reage livremente até o ponto da lógica de sua posição, operário, capitalista ou proprietário de terras. Se a classe dos capitalistas observados tende à acumulação, e se a acumulação impede o proveito geral, então o método ricardiano tem elementos indutivos (observação) e dedutivos (leis gerais a partir do observado).

Nesses casos se verificam algumas das questões metodológicas nascentes da economia. Partindo das premissas clássicas, os economistas continuaram uma longa tradição de debates sobre o estabelecimento de premissas e as deduções que tais premissas permitiriam fazer. A tradição é extremamente conflituosa e dá respostas muito diferentes, dependentes sempre dos elementos de base usados. A fórmula ricardiana de ver os indivíduos em classes que os conformam em interesses antagônicos foi possivelmente a influência mais marcante desse primeiro período da ciência econômica. As divergências chegaram a tal ponto que o pensamento econômico que sucedeu Ricardo centrou-se na real possibilidade de estabelecimento de modelos, cuja função seria predizer a economia. Mas em Ricardo a tradição clássica tinha estabelecido os elementos mínimos essenciais para que a nova realidade econômica se transformasse em um objeto, com um método e com questões fundamentais em busca de resposta. A normatividade inicial já indicava um sujeito autônomo como centro normativo da economia. O indivíduo podia então se remeter à vida política e econômica calcado no orgulho de si. Os debates que seguiram estabeleceram algumas propostas divergentes, mas a tradição do sujeito racional autointeressado nunca foi completamente afastada.

Este capítulo procurou mostrar influências não contratualistas na formação da economia clássica, relacionando-as ao primeiro projeto liberal histórico e às formas jurídicas que asseguraram a liberdade individual, principalmente de cunho econômico. Partiu-se do empirismo, pela figura de Hume e da economia clássica de Smith para as formulações utilitárias e delas ao projeto da economia política liberal como promessa de emancipação racional do homem. Do lado econômico, estas influências foram marcantes, até o século XX, para a descrição da cooperação por modelos econômicos. A opção elementar da economia nascente parte sempre do indivíduo igual, produtor de bens para a coletividade. O método resolve-se pela empiria, pela observação, da qual se deduzem leis, como inicialmente fazem Ricardo e Malthus.

CAPÍTULO 4

MODELOS E MÉTODO NA ECONOMIA

Modelos econômicos, como todo modelo científico, estruturam-se sobre premissas normativas que viabilizam uma explicação aceitável do que se observa. É característica de todo modelo simplificar a realidade, até o ponto em que os aspectos estudados se mostrem mais claramente. As eventuais insuficiências do modelo podem ser corrigidas por acréscimos ou por transformações mais radicais no próprio modelo. Fundados em escolhas normativas, os modelos são, portanto, um esquema simplificado e provisório de um objeto real complexo, cujo efeito é transmitir um conhecimento específico escolhido como relevante. Desta maneira, as opções normativas dos modelos direcionam como deve ser o conhecimento, para que possa cumprir certas funções ou para que tenha certos atributos esperados.

No direito, como se viu antes, as opções do modelo jurídico são dogmáticas, que operam, controlam e delimitam resultados hermenêuticos. O modelo dogmático hermenêutico do direito regula a compreensão para operar as classes do proibido, do permitido e do obrigatório, colocadas em textos. A economia positiva também estabiliza pressupostos normativamente para estruturar modelos descritivos das ações concretas. Qualificar economicamente a ação depende de sua consistência com padrões analíticos. A partir dos modelos, as premissas são raramente questionadas, pois delas deduzem-se outros modelos ou outras regras, em processos indutivos por remissão aos fatos observados e dedutivos, em virtude do que os próprios modelos sustentam como premissas.

Neste capítulo procura-se esclarecer modelos econômicos estruturados normativamente sobre pressupostos normativos clássicos. Tais modelos são usados de forma muito abrangente pela análise econômica do direito, de modo a concluir sobre a conveniência ou inconveniência da norma e da própria ação. Por isso, os modelos econômicos desempenham uma função hermenêutica importante nos estudos interdisciplinares. Como o que se busca nos modelos é um paralelismo com o direito, segue-se aqui forma parecida com a adotada no segundo capítulo. Primeiro, buscam-se as atribuições ao sujeito econômico feitas na construção dos modelos e decorrentes do classicismo. Depois os modelos são descritos, para ao final serem analisados perante o direito. Para isso, o ponto de partida é a base instrumental da ação econômica.

4.1 As atribuições normativas ao sujeito para fechamento da racionalidade instrumental econômica – Racionalidade prática é um atributo de toda atividade humana conscientemente¹ direcionada a certos fins eleitos. A razão prática, em sua formulação mais elementar, é exatamente a instrumental: racional é aquilo que se faz para atingir um fim. Quais os fins e que importância têm os meios para atingi-los são questões lógicas necessariamente abertas, pois não designam verdades necessárias. A instrumentalidade explica-se por duas definições padronizadas.

De acordo com uma idéia difundida um ator A – que tem o objetivo Z e tem a opinião M de que a ação H seja um meio necessário para o alcance de Z – age racionalmente, se executar H (Von Wright). Como equivalente pode valer a formulação: “H (ou a execução de H) é racionalizado por Z e M”. Tal concepção de racionalidade, porém, é bastante fraca: continua indeterminado, qual a força de Z, ou que papel outros objetivos (opiniões) de A desempenham – e, nisso, se de fato é melhor para A executar H.

Parece ser mais adequada a seguinte formulação (igualmente difundida): “H (ou a execução de H) é racional, se H atender otimamente os objetivos (determinantes) de A – relativamente às opiniões de A (em comparação com as outras opções de ação, que estão à disposição de A na respectiva situação)”. No entanto – por causa de dificuldades em determinar exatamente os objetivos e opiniões de A – não será possível muitas vezes indicar seguramente que ação é racional neste sentido (Davidson).²

As definições de racionalidade prática instrumental revelam suas próprias aberturas, que só podem ser complementadas normativamente, porque relativas às contingências da ação. Os elementos necessários aos fechamentos não decorrem das próprias definições nem do mundo tornado em objeto; a correção dos fins e adequação dos meios eleitos para atingi-los são sempre, por isso mesmo, opções normativas de fundo. Isso sem contar a intrincada questão relativa à força de meios e fins concorrentes para cada indivíduo. Daí ser possível afinar as definições acima para a formulação abaixo.

É outro o caso se, por suposto, determinadas características de natureza são simplesmente decretadas pelos objetivos (opiniões) de A; se, p. ex., se supuser que os objetivos de A são representados por uma determinada função de finalidade (simples), ou que encontram expressão em determinados valores utilitários – orientados para os resultados das ações individuais. Então se poderá determinar com relação a diversas situações – p. ex., tais em que A tem certeza subjetiva com relação à obtenção de resultados de ação – , que atuação é ótima para alcançar o objetivo. Mas, também nesse caso, será pouco claro como se deve especificar uma atuação finalística ótima com relação a várias situações: a) nas quais A espera resultados de ação com

¹ A partir de Keynes, as teorias sobre racionalidade admitem a ação econômica em bases inconscientes. Entretanto, tais explicações são vistas com desconfiança pelo classicismo, que prefere adotar adendos aos modelos tradicionais, baseados em racionalidade estrita. Por isso, inicia-se a exposição pelas formulações mais padronizadas, ligadas à ideia de planejamento, de estratégia, de intencionalidade, de cálculo, de premeditação. Esses atributos são aplicados às racionalidades econômica e jurídica, com adaptações. Sobre o uso padrão do termo racionalidade, André Lalande, *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p. 910 e ss.

² George Enderle et al., *Dicionário de ética econômica*, p. 541.

determinada probabilidade (situações de risco), ou simplesmente julga possíveis resultados da ação (situações de incerteza); b) nas quais A deve contar com reações de outros atores e as expectativas deles referentes aos seus próprios procedimentos (situações estratégicas). As teorias da decisão e do jogo se esforçam, entre outros, por fornecer especificações adequadas – podendo-se, absolutamente, chegar a determinações diversificadas e controversas (Rationality in Action; Game Theory in Economics).³

As colocações acima aprofundam algumas das dificuldades centrais da racionalidade instrumental econômica. Elas podem ser solucionadas pela inserção de outras opções normativas, algumas muito gerais e outras mais particularizadas, sedimentadas em degraus lógicos. Por ora, cabe somente discorrer sobre a maneira pela qual os problemas básicos de racionalidade instrumental anteriormente mencionados são enfrentados pela teoria econômica e o que esse enfrentamento extrai do classicismo, para poder estabelecer as relações com a economia neoclássica⁴ e daí entender mais detidamente os problemas normativos da análise econômica do direito. Desta forma, racionalidades transcendentais, em que fins não qualificam ações, aqui não importarão, pois irrelevantes para os modelos econômicos. A racionalidade econômica, como se quer afirmar para o presente estudo, é de um tipo ligada a fins concretos e tem, portanto, uma forte conotação consequencialista.

A primeira das opções normativas é a tese do individualismo moderno. É ela que subjaz a todas as atribuições feitas pela economia, alicerçadas no classicismo. O método analítico calcado no sujeito autônomo em termos morais, que decide por si mesmo a ação, justificando-a perante si mesmo e submetendo-a a julgamento dos demais sujeitos por seus próprios critérios, define o *ethos* moderno sobre o isolamento e não sobre o coletivo. Quem é? O indivíduo. Como apreendê-lo? Por sua racionalidade. A questão assim colocada, não parece normativa, pois postularia um ser e não como ele deve ser. Entretanto, ontológica e metodologicamente falando, o individualismo é uma simplificação da realidade, extraída *ad hoc* da filosofia prática moderna, resultante em certos modelos descritivos, que assim se constituem por meio de uma idealização não explicada, mas tomada como um dado não questionado. Os modelos devem só atentar para os desvios do padrão analítico individual, originados de certas situações específicas, em que um

³ George Enderle et al., *Dicionário de ética econômica*, p. 541.

⁴ “Neoclassicismo é hoje reconhecidamente a denominação que se dá ao movimento que teve sua origem no marginalismo microeconômico, e dominou a microeconomia e a macroeconomia com a Escola de Chicago. Sua idéia é bastante simples. Existem tanto nas relações microeconômicas como nas variáveis macroeconômicas pontos de equilíbrio para onde essas relações devem necessariamente tender.” Calixto Salomão Filho, in Fábio Konder Camparato e Calixto Salomão Filho, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 10.

indivíduo certo – e não propriamente a racionalidade instrumental – causa problemas conceituais.

Portanto, a afirmação do indivíduo determina como deve ser o modelo. Ele deve se reportar ao sujeito reflexivo ou agente, visto como opção metodológica: o homem divide-se para observar a si mesmo, não havendo nele fluidez expressiva, mas somente poder analítico da razão. Nessa acepção, a coletividade explica-se pela cooperação e deriva de autonomias somadas, no sentido de que, sem a ação individual, não há decisão coletiva passível de descrição. Sobre a base individualista é que as aberturas lógicas das definições acima podem ser completadas por atribuições, sobretudo quanto aos meios. As atribuições obedecem sempre a critérios de racionalidade estrita ou lógica, seguindo passos da filosofia utilitária⁵ e de suas origens não contratualistas. A ação individual é o meio de satisfazer ao máximo de sujeitos iguais, com valor igual. Assim, as aberturas lógicas do conceito de racionalidade instrumental devem se fechar por atribuições ao indivíduo racional, de cujas ações atingem-se fins econômicos de máxima saciedade de um máximo de cidadãos.

Para a economia direcionar a estruturação de modelos, os elementos atribuídos ao sujeito são a transitividade, a completude de suas escolhas e a maximização. Estas são as bases reguladoras de apreensão da racionalidade individual em modelos, todas desenvolvidas pela teoria da escolha. Sozinhas, as bases não explicam todos os comportamentos, como os de risco e estratégicos, equacionados pela teoria da decisão e teoria dos jogos respectivamente. No tocante a esses pontos elementares, de completude, transitividade e maximização, as teorias da decisão e dos jogos acrescem as situações em que os agentes racionais agem em respostas estratégicas ao comportamento de outros agentes que com eles interagem e quando a situação proporciona bases não seguras para avaliar resultados, com ou sem probabilidade determinada. Sobre comportamentos pautados por risco, a tese é a de que as chances de êxito determinam a ação individual. No que concerne a comportamentos estratégicos, a teoria dos jogos direciona os modelos para as circunstâncias em que os agentes não se preocupam só com elementos endógenos

⁵ Para J. A. Mirrlees, o uso econômico da tese básica utilitária, do fim social como geração do máximo de satisfações pessoais – e daí de felicidade geral – proporciona, pelo tratamento isomórfico dos indivíduos, comparações significativas entre um estado de coisas e outro, entre alguém e seu alternativo, concluindo que, “usando a utilidade total como critério, podem-se examinar questões sobre a melhor informação na determinação de políticas econômicas e o sistema de governo econômico de indivíduos comportando-se de forma realista”. A citação é lida no original: “Using total utility as a criterion, one can go on to examine questions about the optimal information to use in determining economic policies, and the optimal system of economic government by individuals behaving realistic”. The economic uses of utilitarianism, in A. Sen e B. Williams (ed.) *Utilitarianism and beyond*, p. 65.

objetivos como preço, mas para comportamentos de outros agentes. Com isso, ela fornece elementos analíticos de que o melhor individual pode não decorrer de estratégias alicerçadas somente na perspectiva clássica do autointeresse, mas nos comportamentos pautados por estratégias que levam em consideração os comportamentos dos demais.

Considerando-se que comportamentos estratégicos e situações de risco são vistos, em geral, como adendos aos pontos elementares do modelo, não será necessário discorrer sobre essas importantes formulações, já que a normatividade nelas presente segue o padrão mais elementar dos modelos básicos, aos quais se retorna, procurando evidenciar como se resolvem normativamente as aberturas antes expostas da racionalidade instrumental, quanto aos fins eleitos e aos meios escolhidos para atingi-los. Os pontos de análise permanecem sendo então a transitividade, a maximização e a completude.

A transitividade é a propriedade da ação que pode ser descrita em termos de escolha racional, a escolha consistente, feita diante de uma lista de opções, com pleno conhecimento das informações relevantes, quanto às implicações presentes e futuras da escolha. Ela pode ser descrita nos seguintes termos: dado um menu composto pelas opções A, B e C, se o indivíduo, satisfazendo seu autointeresse informado, respondendo a estímulos externos, prefere A a B e B a C, então ele preferirá A a C. Não transitividade da escolha será irracional, porque inexplicável, fora do ambiente inacessível da mente de quem tem preferência não transitiva. Ela será uma escolha irracional no sentido de se afastar do padrão observável (indução) e lógico (dedução). Por ser irracional, a escolha não transitiva gera respostas contraditórias na observação de comportamentos individuais em mercado, ainda que jurídica ou eticamente justificada, determinando más consequências, economicamente falando. Além disso, claro, a escolha só pode ser descrita se, de fato, ela existir, o que implica afirmar que o ator, entre as opções A ou B, pode determinar-se por A, por B ou, indiferentemente, por ambas. Tal é o pressuposto da completude.

A racionalidade maximizadora pressupõe a satisfação do autointeresse em um nível máximo possível. A razão econômica dos agentes é vinculada em primeiro lugar e de forma mais relevante aos seus fins econômicos ou à satisfação de seus desejos. A maximização é um postulado ligado ao máximo de satisfação que as utilidades podem dar ao ator; ele as busca como decorrência de que a racionalidade mínima universalmente observável é a felicidade concreta e realizada. E os agentes sempre buscam o máximo de satisfação.

Todos os elementos, vistos em conjunto, articulam-se com a visão racionalista preponderante no iluminismo e que girava em torno das igualdades e felicidades dos sujeitos. Esta racionalidade está associada à razão do tipo ideal econômico, o *homo oeconomicus*,⁶ desde que os economistas clássicos assumiram como economicamente relevante e racional somente a ação que tenda ao autointeresse. Eduardo Giannetti, a este respeito, afirma que o autointeresse só veio a ser rigorosamente encarado nos modelos, por desenvolvimentos, no curso do século XIX, daquelas assunções gerais dos economistas clássicos.

É essa abstração quanto ao que constitui o tipo de ação econômica que permite a Edgeworth postular, como “o primeiro princípio da economia”, que “todo agente é movido apenas pelo auto-interesse”. O que realmente se pressupõe no postulado do auto-interesse é a definição da ação econômica como uma ação na qual não tem influência alguma a moral e as preocupações não econômicas do agente, suas crenças e opiniões. O grande benefício obtido com essa definição é que, eliminando todas as questões de valores não econômicos e fins últimos da concepção de ação econômica, torna-se então possível lidar com o comportamento de todos os agentes como se ele fosse equivalente a uma participação em um jogo de calcular, não diferente da participação que existe, digamos, no jogo de xadrez ou no aspecto puramente operacional de um confronto militar.⁷

O modelo econômico, quanto à racionalidade do agente, afasta as motivações que não sejam de índole exclusivamente autointeressadas, de maneira a torná-lo operacional em termos de cálculos dedutivos. Racional para a economia clássica é só a ação que tenha por fim buscar a satisfação dos desejos individuais, quaisquer que sejam eles. As razões não passíveis de enquadramento nesse pressuposto do modelo podem ocorrer, mas estarão fora do espectro de racionalidade econômica e, assim, desqualificariam a ação como racionais. Desta forma, parece ter sido muito influente no nascimento do classicismo econômico, a visão utilitária de que a racionalidade mínima que se pode imputar ao homem é aquela em que ele cria e obtém os maiores saldos agregados de felicidade,⁸ conforme determinados pelo seu interesse próprio, tendo-se por economicamente irrelevante o que disso se afaste. O ator procurará o curso de ação que lhe determine ótima satisfação ou, ainda do ponto de vista do modelo, aquela máxima em meio às suas escolhas individuais autointeressadas, transitivas e completas. Esses atributos do agente econômico são o primeiro fechamento das aberturas da racionalidade instrumental.

⁶ José Reinaldo de Lima Lopes reflete sobre a importância do modelo simplificador do padrão econômico. *Raciocínio jurídico e economia*, p. 140 e ss.

⁷ Eduardo Giannetti, *O mercado das crenças*, p. 61.

⁸ A respeito, observe-se John C. Harsanyi, *Morality and the theory of rational behaviour*, in A. Sen e B. Williams, *Utilitarianism and beyond*, p. 40.

4.2 Modelos microeconômicos usados pelo direito – Os pressupostos de racionalidade antes citados, de escolha transitiva, completa e maximizadora, já possibilitam um método para avaliar a racionalidade instrumental dos agentes, pois determinam um padrão de comportamento individual, apreendido pelos resultados, pelas escolhas efetivamente demonstradas. Mas explicar os fatos sociais economicamente relevantes tem por pressuposto a criação de uma formulação heurística concessiva de sentido econômico sobre o aspecto relevante em exame. E o sentido é de função individual de escolha, da qual deriva a agregação. Por isso, a partir das descrições dos comportamentos individuais, é possível descrever ações coletivas, sem com isso tornar o modelo excessivamente complexo a ponto de nada designar. Nas palavras de Varian, “a importância do modelo provém da eliminação dos detalhes irrelevantes, o que permite ao economista concentrar-se nas características essenciais da realidade econômica que procura compreender”.⁹ Modelos microeconômicos já construídos com bases lógicas no indivíduo livre, que quer o máximo de satisfação nas suas escolhas reais possíveis transitivas, são explicativos de mercados específicos e fundamentais na atividade descritiva da economia positiva, fundam-se, por seu turno na concepção de *ceteris paribus*, no conceito de equilíbrio e na escolha racional otimizadora dos agentes.

Por *ceteris paribus* entende-se que o objeto em apreço no estudo econômico é analisado como única variável relevante, mantendo-se, assim, todas as demais fixas por suposição. Por exemplo, ao analisar um certo mercado, como o de pães, pode-se supor que todos eles sejam uniformes ou plenamente substituíveis e que as necessidades alimentares de todos os adquirentes, relativamente aos pães, sejam também uniformes, não importando o quanto essas variáveis sejam de fato importantes, ao cabo da análise. *Ceteris paribus* é parte do modelo econômico aqui não problematizado, porque não causa desconforto relevante com o direito, que também tem instrumentos hermenêuticos reducionistas para apreciar só o que seja relevante em um dado caso ou estudo e formula também pretensões idealizadas, por vezes fictícias, como a hipótese do legislador racional. Além disso, *ceteris paribus* é condição lógica usada em muitas esferas de conhecimento, com função análoga à da economia.

Já a escolha racional e o conceito de equilíbrio apresentam alguns problemas em relação à ética em geral e com o direito em particular. Muitos pontos

⁹ Hal R. Varian, *Microeconomia* – Princípios básicos, p. 1.

analíticos da análise econômica do direito levam a questões éticas precisamente por certos conflitos provocados pela teoria da escolha e pela noção de equilíbrio.

4.2.1 Escolha racional e utilidade – A satisfação máxima de preferências dos agentes complementa certas aberturas conceituais da racionalidade instrumental antes vistas. Mais especificamente, vincula-se à escolha dos meios eleitos para obtenção de certos fins e a escolha mesma do fim, em concorrência com outros. A complementação permite construir modelos mais precisos, pela teoria da escolha,¹⁰ descritiva de padrões lógicos observáveis de cursos de ação, individualmente tomados e agregados. A escolha parte da satisfação genérica de desejos, ou melhor, na ausência de critérios objetivos para conhecer o que sejam esses desejos (felicidade utilitária), os modelos falam em preferências, limitadas por circunstâncias objetivas e subjetivas. Essa é a escolha informada ou a escolha racional, consistente na assunção de que o agente busca satisfação (elemento utilitário racional imediato), hierarquizando opções. Dado que um estado mental de satisfação plena não pode ser visto como meio adequado para a vida correta ou a vida que vale a pena ser vivida, então o modelo deve atribuir ao sujeito uma objetividade pela escolha real observada na interação social e não pelos níveis internos de felicidade alcançadas.

O modelo descreve a circunstância geral de necessidades individuais infinitas até o ponto de saciedade,¹¹ diante de possibilidades reais finitas de satisfação de tais necessidades, principalmente restrições orçamentárias. Isso significa que a escolha é o resultado das preferências subjetivas do agente, contidas por restrições. A escolha será feita, assumindo que o agente pretende maximizar a satisfação de seus interesses, em termos de uma lista ordenada de preferências. A escolha recairá sobre o primeiro item de uma lista de opções possíveis e se comportará em relação às outras opções, em termos racionais, transitivamente.

As utilidades das opções serão ordenadas segundo sua hierarquização relativamente às preferências feitas pelo agente. Daí se falar em funções ordinais de utilidade. Ordinal significa a ordem em que as preferências reveladas figuram como

¹⁰ “Ao tentar explicar decisões de consumo envolvendo a compra de diversas mercadorias, os economistas acabaram desenvolvendo um instrumental que tornou a teoria da utilidade supérflua. Chamaremos aqui, na ausência de melhor nome, essa nova teoria de teoria da escolha.” Roberto Guena de Oliveira, A teoria do consumidor, in Diva Benevides Pinho et al., *Manual de economia*, p. 89.

¹¹ Saciedade significa o ponto em que o agente não reconhece utilidade em uma unidade a mais do bem. A análise econômica assume como infinitos os desejos do agente, porque trabalha em pontos anteriores à saciedade. Esse pressuposto é conhecido como monotonicidade. Hal R. Varian, *Microeconomia: Princípios básicos*, p. 44-50.

satisfativas para o agente e não quanto elas subjetivamente o contentam, hipótese em que a função utilidade seria cardinal.¹² A escolha racional do agente por certos fins e meios adequados para atingi-los significa somente que, para o modelo econômico, entre várias opções possíveis, o agente escolherá aquela que melhor o satisfaz, respeitando suas restrições. A intensidade da satisfação patrocinada pela escolha é um ponto que não se encaixa em uma função que hierarquiza escolhas feitas. A escolha recairá, assim, sobre a intersecção da curva de indiferença (curva que define as várias opções igualmente úteis para o agente quanto a uma composição de bens) e a restrição orçamentária.

É conveniente salientar aqui que possibilidades cardinais de análise de escolha foram praticamente abandonadas pela economia neoclássica após Vilfredo Pareto ter estabelecido que, para efeitos de modelagem econômica, a satisfação interna da escolha não tem bases seguras e por isso não pode ser medida. Assim, não importa qual seja a escolha, o importante é que ela seja revelada pelo agente em uma escala com outras opções e não em uma escala de satisfações internas ao agente. Essa preferência, se justa, injusta, correta ou incorreta, será aquela quantificada, comparada e traduzida em modelos. É esse o sentido da mensuração ordinal de utilidade, que não considera a intensidade da satisfação do agente com a escolha, mas somente a ordem em que as escolhas delimitam os bens úteis, segundo uma escala hierárquica de preferências individuais.

Nesses termos, para uma função ordinal de utilidades, a ideia de medida de satisfação individual e coletiva cede à de cálculo individual de decisão. A utilidade transforma-se em um conceito aberto, independente de qualquer bem (ainda que esse bem fosse tão vago como felicidade), e passa a ser qualquer bem em si mesmo considerado, desde que revelado pelo agente. É por isso que o bem passa de felicidade, por exemplo, para a própria utilidade mesma. Por essa razão, a utilidade vira-se, pelos modelos econômicos, para uma ética aberta à decisão, externamente coordenada por signos recebidos pelo agente. O importante para a economia é que a escolha seja colocada em termos reais e que não seja hierarquizada segundo a satisfação do agente, mas conforme

¹² O problema de imprecisão de funções cardinais no modelo microeconômico está relacionado a dificuldades de verificação empírica, porque medir a satisfação individual é, de fato, uma questão subjetiva, em boa parte das circunstâncias, insondáveis. De qualquer forma, as funções cardinais propiciariam comparações intersubjetivas de utilidade. Por exemplo, elas afirmariam analiticamente o conhecido suposto de que o acréscimo de uma unidade de renda tem utilidade inversamente proporcional à dotação inicial dos agentes. Isso significa que uma unidade adicional fixa de renda será sentida tão mais útil, quanto mais pobre for o agente. A ideia é plausível, retirada *had hoc* da tese marginalista, e é intuitivamente correta, daí ter influência sobre políticas distributivas de renda, mas não é deduzida diretamente do modelo. Hal R. Varian, *Microeconomia: Princípios básicos*, p. 59-60.

sua escolha feita entre outras opções, mediante sinais exógenos. Estímulos e escolha passam então a andar juntos.

Essa é uma transformação do maior significado, pois, sem um bem determinado, mas referindo-se a qualquer bem em si mesmo considerado conforme escolha, a regra econômica ultrapassa a barreira colocada pela tese utilitária da felicidade de todos. Não é necessário que a modelagem econômica precise a satisfação do indivíduo para dizer se alguma coisa é boa ou não, mas que o bem seja visto pela escolha real. Elas são as que presumivelmente mais satisfazem o indivíduo e, agregadas, mostram a preferência coletiva. Por essa transformação, qualquer escolha pode ser vista pelo método econômico, seja ela de que natureza for. Não se trata mais de buscar a medida da utilidade de todos, mas de somar as opções feitas, numa escala, por quantidades.

A representação gráfica da escolha pode ser útil no seu entendimento.

Escolha ótima (Figura 1)

O gráfico mostra uma curva de restrição orçamentária e três curvas de indiferença, relativamente a dois bens x_1 e x_2 . A representação da curva de restrição orçamentária é a reta AB. As curvas de indiferença são as definidas pelos pontos CD, EF, GH. As três curvas de indiferença definem-se por pontos representativos de cestas compostas por quantidades variáveis dos dois bens (qx_1 , qx_2). O ponto Z é a definição gráfica da escolha ótima para o agente. O eixo das abscissas define quantidades do bem X_1 e o eixo das ordenadas, quantidades do bem X_2 .

Dois bens são descritivos do que em literatura econômica chama-se de espaço das cestas, que relacionam quantidades diferentes de dois bens indiferentemente preferidos. Qualquer ponto de uma curva de indiferença satisfaz igualmente o agente

relativamente aos demais pontos da mesma curva. Por isso, as opções representadas por pontos na mesma curva são indiferentes para o sujeito. Quanto mais afastada dos eixos estiver a curva ou à direita no gráfico (direção nordeste), mais dos mesmos bens a curva contempla e, assim, curvas mais afastadas dos eixos satisfazem mais a condição maximizadora do agente, mas não plenamente, dado que o ponto de saciedade está acima dos valores estipulados para qualquer curva.

As três curvas de indiferença no exemplo possibilitam ordenar as preferências, relativamente a dois bens. A escolha ótima, em que a utilidade tangencia a linha de restrição orçamentária, será o máximo que o agente autointeressado escolherá, respeitados, assim, limites objetivos. Por isso, este ponto definirá a escolha racional: ela será, entre as opções que lhe tragam utilidade (racionais porque satisfativas de seu autointeresse subjetivo), aquela melhor e que, ao mesmo tempo, por ela o agente pode pagar.

A escolha racional lida com duas variáveis significativas: a renda e o grau máximo de utilidade que essa renda pode satisfazer, entre opções semelhantes. Em outras palavras, ao associar custos e benefícios como determinantes das escolhas, a teoria em exame preocupa-se só com os elementos externos ao sujeito ou exógenos como relevantes. A associação é intuitivamente correta, visto que é fácil supor que alguém buscará pagar menos para satisfazer as mesmas necessidades. Mas essa suposição ignora que a escolha dependeria sempre de informações perfeitas sobre quantidades, sobre qualidades, sobre futuro e, principalmente, sobre a real serventia do bem para o agente. A teoria da escolha pode fechar o modelo, mas não responde à questão normativa de fundo, ainda que pareça a ter ultrapassado pela fórmula da utilidade aberta. O problema, ademais, como será retomado adiante, é sobre a força que o modelo da escolha exerce sobre as reais possibilidades do agente. Ele escolhe uma cesta pela sua certeza quanto à utilidade dos bens ou é pressionado à escolha pela crença da utilidade? Como se viu, a efetiva utilidade do fim nunca é resolvido de um ponto de vista externo, mas só pode ser acessado nas motivações internas do agente. A escolha resolve um importante problema conceitual de racionalidade instrumental e proporciona a formação de um modelo coerente, ainda que normativamente questionável, pois incapaz de ajustar sua própria idealização.

Entretanto, a escolha parece ser contraintuitiva na vida prática contemporânea. Qual a serventia real do fim escolhido para o agente? O fim e os meios escolhidos dão significado à vida do agente ou o agente é que dá significado a eles? O

problema não é econômico, é ético, mas que existe pela necessidade econômica de simplificar o mundo para explicá-lo. A escolha, nestes termos, jamais será racional quando feita com base em convicções reais do agente, porque neste caso pode simplesmente não haver curvas de indiferença, mas somente uma única e exclusiva cesta que satisfaça o agente, independentemente de maximização. Além disso, o custo dessa cesta pode estar muito acima da disponibilidade de meios para obtê-la, e, ainda assim, ser a única que o agente escolheria. Nesse sentido, há escolhas que podem ser racionais, ainda que não bem-comportadas do ponto de vista da teoria da escolha. Com elas o direito também lida e, por isso, o modelo da escolha sofre restrições no ambiente jurídico, não como uma incoerência, mas como uma insuficiência de significado jurídico. Dilemas morais mais complexos não têm condições básicas para serem absorvidos pelo modelo. No direito, a solução de casos difíceis não segue o modelo da escolha racional: entre as muitas possibilidades de solução destes casos, está, além de relações maximizadoras individuais, certos padrões que não podem ser assimilados pelos modelos.

4.2.2 Oferta, demanda e equilíbrio – A demanda e a oferta serão decorrência das escolhas racionais acima descritas: elas relacionam quantidades consumidas e ofertadas em função dos preços para satisfazer maximamente o autointeresse dos agentes. A função demanda será negativa porque, quanto maior o preço, menor a quantidade consumida, dada a restrição orçamentária a que as escolhas se submetem. A função oferta será positiva, pois, maior o preço, maior a quantidade oferecida, considerando que o ofertante, por suposição, diante de preços mais elevados tem maiores lucros, seu interesse mais imediato na troca. O cruzamento da curva de demanda com a curva de oferta determinará o equilíbrio do mercado ou o ponto em que quantidades consumidas e ofertadas se ajustam. O conceito de equilíbrio está relacionado ao preço, sinal mais elementar das trocas determinadas pelas escolhas dos agentes na demanda e na oferta. Por isso, preços de equilíbrio provocam a equalização das quantidades ofertadas com as demandadas. Neste ponto, os preços, instrumentos primordiais dos agentes em interação não hierárquica e, portanto, livre, determinam quais as quantidades são demandadas e ofertadas.¹³ O equilíbrio é uma

¹³ As diferenças entre equilíbrio geral e equilíbrio parcial não serão consideradas, porque irrelevantes neste ponto. O primeiro, formulado por Léon Walras na Escola de Lausanne, coloca que o desequilíbrio de um mercado pode e normalmente afeta outros; por isso, mercados devem ser analisados de forma global. Para o equilíbrio parcial, de Alfred Marshall da Escola de Cambridge, esta mesma afetação não é considerável e, portanto, os mercados podem ser vistos de forma separada. Diva Benevides Pinho, *Evolução da ciência econômica*, in Diva Benevides Pinho et al, *Manual de economia*, p. 44-45.

imposição econômica de eficiência ou uma assunção dos modelos econômicos das leis mais elementares do mercado.

Nada impede que sejam adotadas medidas que fujam ao padrão observado do equilíbrio, mas as leis inconscientes do mercado cobram seu preço sobre o afastamento. Equilíbrio é naturalmente encontrado entre os que ofertam e os que demandam em um mercado. Um preço fixado artificialmente abaixo do equilíbrio acarretará saída de ofertantes e diminuição da quantidade ofertada, decorrendo carência. Um preço artificial, fixado e obrigatório acima do equilíbrio levaria à entrada de ofertantes e, portanto, a excessos na oferta.

Mais uma vez, um gráfico demonstra com clareza o ponto da análise.

Equilíbrio (Figura 2)

A reta AB define a demanda e a reta CD, a oferta. O ponto X define o equilíbrio. O eixo das abscissas (Q) é a quantidade do bem ofertada e o das ordenadas, os preços (P).

A curva de demanda (AB) mostra uma função negativa, pois, quanto maior o preço, menor a quantidade demandada. A curva de oferta (CD) coloca uma função positiva, porque, quanto maior o preço, maior a quantidade ofertada. A intersecção mostra o ponto de equilíbrio, em que quantidades consumidas e ofertadas equilibram-se em um certo preço. Impor algum preço diferente do encontrado naturalmente nas transações do mercado implicaria restrições possíveis ao equilíbrio, assumido pelos modelos microeconômicos como ponto mais eficiente. O equilíbrio é um princípio porque indica um ponto desejável para qualquer mercado, por ajustar quantidades ofertadas e consumidas pelo símbolo inequívoco do preço. O equilíbrio é encontrado de maneira natural por

agentes autointeressados e maximizadores, em interação com as contingências objetivas reais dos mercados competitivos.

4.2.3 Análise marginal – De forma muito abreviada, análise marginalista¹⁴ determina quanto de satisfação – benefício marginal – é produzido ao agente por uma pequena variação positiva de quantidade de um bem. O benefício marginal é decrescente, enquanto o custo marginal é estável. Assim, o nível ótimo de escolha terá ainda esse aspecto: ele será afinado até o ponto em que o benefício marginal decrescente cruzar com a reta do custo marginal. Aqui cabe um exemplo. Considere-se um bem, uma fruta, cujo custo unitário é \$1. A satisfação proporcionada pela primeira unidade será alta e decrescerá conforme o consumo aumentar em uma unidade (pela monotonicidade, deduz-se que escolhas de mais unidades de um mesmo bem se aproximem do ponto de saciedade). Mas o custo da unidade adicional é constante, pois duas frutas custam \$2, embora satisfaçam ponderadamente menos do que a primeira unidade. Assim, a quantidade de fruta consumida será aquela em que o custo marginal – de uma unidade adicional da fruta no exemplo citado – cruzar com a curva negativa do benefício. A partir deste ponto, o valor da unidade marginal será maior do que a satisfação por ela proporcionada, levando o agente a rejeitá-la.

É importante ao menos assinalar que a análise marginalista foi (com a opção quase exclusiva pela função ordinal de escolha) uma das formas mais fundamentais de reestruturação dos postulados clássicos. A análise marginalista colocou a possibilidade de alterar a determinação do valor: valor, marginalmente, é quanto o último consumidor de um bem ou de um serviço está disposto a pagar por ele. O marginalismo propõe então uma análise encadeada sobre o valor: ele determina quanto o produtor estará disposto a pagar pelos fatores de produção e assim até o início da cadeia produtiva. Por isso, a análise marginalista altera a visão clássica de que o valor é determinado pelos custos. Eles são determinados pelas interações de mercado. Daí ser possível toda a construção de padrões

¹⁴ “De outro lado, surgiu o Neoclassicismo ou Marginalismo, que buscou integrar a teoria da utilidade do valor com a teoria do custo de produção dos clássicos, bem como explicar os preços dos bens e dos fatores, e a alocação de recursos com o auxílio da análise marginal.

A introdução da análise marginal – que valeu a esse movimento a denominação também amplamente divulgada de ‘Marginalismo’ – mudou de modo significativo a orientação dos estudos econômicos: representou um instrumento rapidamente difundido, para explicar a alocação de determinados recursos escassos entre os usos correntes com objetivo de se chegar a resultados ótimos. O ‘homem econômico’, racional e calculador, estaria empenhado em equilibrar seus dispêndios marginais com seus ganhos marginais.” Diva Benevides Pinho, *Evolução da ciência econômica*, in Diva Benevides Pinho et al. (org.), *Manual de economia*, p. 42-43.

analíticos modelares econômicos direcionados ao equilíbrio: o mercado é o *locus* (inclusive, conforme Hayek, um ambiente transmissor de informações) da interatividade econômica, onde os agentes fazem suas escolhas.

A representação gráfica da análise marginal também é útil.

Análise marginal (Figura 3)

O eixo horizontal representa a quantidade do bem (Q) e o vertical, o benefício marginal (B). A reta descendente MN (negativa) representa o benefício decrescente que uma variação positiva na quantidade do bem consumido traz para o agente. A reta horizontal mostra os custos constantes de uma unidade adicional. O cruzamento determina quanto do bem será consumido: o ponto (X) em que o custo marginal iguala o benefício marginal. Essa análise é importante para entender como age o ator econômico antes da saciedade, mas restrito por escolhas reais, entre uma satisfação indeterminada e o custo dessa satisfação.

4.3 Ainda normatividade nos modelos: eficiência e bem-estar – Os modelos econômicos descritos na seção precedente são possíveis por suposições normativas ao sujeito racional, de forma a direcionar o agir a um fim escolhido. Eficiência e bem-estar são conceitos econômicos que qualificam a ação para atingir esse fim. Sobre eles se falará abreviadamente nesta seção. Os conceitos são extensos e deduzem-se dos elementos de base antes expostos. Por questões de espaço, procura-se deduzir os conceitos dos elementos da seção precedente, correndo algum risco de omissão.

Eficiência é um critério que permite comparar diferentes situações econômicas, tendo em mente o melhor resultado possível para as alocações de recursos, em vista de um máximo resultado. A eficiência econômica é pensada primordialmente pelo critério de Pareto. Ela afirma que uma situação será preferível a outra se nela houver

melhora de pelo menos um aspecto, sem piora de qualquer outro. A eficiência fala o melhor até o ponto em que nenhuma alteração incrementasse qualquer posição envolvida. Por exemplo, será eficiente uma alteração tributária se dela decorrer melhora na arrecadação, sem aumentar a incidência para nenhum sujeito passivo. Isso seria factível por mecanismos de arrecadação mais simples e pela verificação: o sujeito ativo arrecadaria mais, sem onerar em princípio nenhum sujeito passivo em relação à situação original, seja por políticas de simplificação das obrigações, economizando custos, seja por práticas antievasivas e antielisivas pelo Estado. As melhorias de Pareto poderiam ser implementadas até que não fosse possível arrecadar mais um centavo sem aumentar a incidência total, normalmente por um aumento de alíquota, ou parcialmente, pelo aumento de alíquota para certas operações ou certos bens. No entanto, eficiência no sentido de Pareto, um sentido forte, em muitas situações, pode causar alguns problemas de sentido.

Primeiramente, se por eficiência entende-se um critério de julgamento econômico, então surge, em muitas situações, o problema de comparações cardinais. Não há, nas funções de escolha cardinais, possibilidade de conhecer quanto a escolha satisfaz particularmente cada agente. E só a intensidade de satisfação proporcionaria dados para comparar utilidades entre diferentes atores, de forma a verificar o critério final de utilidade agregada, considerando-se que esta é o fim econômico último e indicado pela eficiência. Eficiência propõe um critério *ad hoc* de que a escolha feita satisfaz a todos de maneira igual, pois todos são iguais. Mas da igualdade de todos, não se pode deduzir a satisfação igual de todos por suas escolhas. Assim, a neutralidade do critério eficiência depende de qualidades não fornecidas pelo próprio sistema, que resolve suas limitações pela assunção maximizadora.

Esse problema sugere que a eficiência de Pareto, por si mesma, não determina um critério final sobre o que é de fato melhor numa dada situação. A eficiência no sentido de Pareto só indicaria que a situação é eficiente se não houver como melhorar qualquer posição sem piorar outra. Mas sempre pode haver um número infinito de eficiências possíveis. A escolha da melhor não é dada pelo sistema, mas depende de opção normativa. Por exemplo, uma distribuição de recursos em que uma pessoa os tenha todos e as demais nada tenham pode ser eficiente, assim como a distribuição totalmente igual entre todos seria. Qual delas escolher é um problema que se encontra em outro campo.

Analiticamente, esta é uma dificuldade enfrentada pela compensação. Ela postula que uma situação pode ser melhor se, em relação à de origem, o valor que os

beneficiados estiverem dispostos a pagar pela sua implementação supere o valor que os prejudicados pagariam para não a implementar. Novamente há o problema de comparações cardinais, resolvido com atribuição de valores monetários às condições dos beneficiários e dos prejudicados. Em síntese, a otimalidade paretiana não tem em si mesma nenhuma lógica distributiva. Ela não pode justificar, por exemplo, redistribuição de renda, porque, aí, em tese, sempre haveria piora da situação de quem tem mais, cujos recursos seriam redistribuídos a quem tem menos. Para justificar a redistribuição é necessário um critério analítico mais fraco, baseado na compensação ou de Kaldor-Hicks, que afirma que serão eficientes as situações em que a piora de um aspecto seja compensada pela melhora patrocinada para outros. Nesse critério menos exigente, a redistribuição de renda é mais factível, porque a satisfação marginal de quem tem menos, com uma unidade de riqueza, será maior do que o decréscimo de satisfação de quem tem mais com a transferência dessa unidade de renda. Por isso, a satisfação dos agentes com as dotações, só pela eficiência, não pode ser medido.

Na realidade, a eficiência propõe que, economicamente, importa sim a redistribuição, pois dos recursos individuais é que vivem os mercados. Mas a redistribuição mesma reporta-se a um campo não econômico. A eficiência propõe que o máximo de satisfações deve ser buscada, mas que esse máximo depende de opções externas à economia, que as pode avaliar. A avaliação das satisfações é feita pelo conceito de bem-estar.

Bem-estar é outro critério final de julgamento econômico, que tem fortes bases normativas e que pode ser explicado a partir do equilíbrio. O significado do bem-estar é que mercados competitivos patrocinam a inclusão econômica, na medida dos excedentes do consumidor e do produtor. Os agentes que estariam dispostos a oferecer o bem por preços menores que o de equilíbrio e os que estariam dispostos a adquiri-lo por preços maiores que o de equilíbrio são todos incluídos na vida econômica, e, portanto, adquirindo renda, pelo automático funcionamento das leis de oferta e demanda, em condições de concorrência perfeita. O bem-estar mostra quanto o mercado inclui de ofertantes e demandantes. A concepção de bem-estar é, assim, decorrente do modelo de equilíbrio, o qual, por sua vez, procede das leis de oferta e de procura. Graficamente, na figura 2, bem-estar significa a área formada pela intersecção das curvas de oferta e de demanda, à esquerda da figura, em direção ao eixo vertical. A área é definida na figura pelos pontos AXC. Entretanto, o bem-estar gerado em um mercado é variável segundo as

rendas de cada agente: quanto mais próximo do equilíbrio estiver um sujeito, menor bem-estar ele terá, pois suas rendas, por suposto, serão insuficientes para aquisição de outros bens. Esse problema refere-se ao equilíbrio geral: assimilar funções de demanda, oferta e renda entre diversos atores, em diversos mercados agregados.¹⁵

O ponto de equilíbrio (tamanho do mercado) depende da atribuição de renda aos agentes ou da renda que eles podem obter em mercado, por todos os meios possíveis, como a alienação da força de trabalho ou a aplicação de capitais acumulados. Mas trabalho e capital não são as maneiras exclusivas de dotar agentes para participar do mercado. É só pensar em seguridade social, programas de redistribuição de renda, salários mínimos e pisos salariais para ver que não só de mecanismos puros de mercado atribui-se renda a agentes. Ao menos desde o surgimento dos direitos sociais pode-se ver que também há uma decisão política de caráter redistributivo nas sociedades capitalistas e que esta decisão tem que conviver com o sentido forte da eficiência (de Pareto). Mecanismos sociais de redistribuição de renda e de proteção ao trabalho, incluindo, por exemplo, limites de jornadas diárias e benefícios educacionais, afetam a alocação de recursos sociais e a atividade econômica. Neste sentido, há interferência, no nível de bem-estar, das dotações de recursos entre os agentes, por decisões que estão fora dos modelos e que a economia avaliará segundo a eficiência.

A essa alocação de recursos sociais, que inclui agentes no mercado, a economia dá o nome de atribuição inicial de renda. A distribuição de renda pode ser ou não eficiente, dependendo de certas condições, pois a eficiência indica infinitos pontos de distribuição factíveis, e estes pontos terão influência sobre o equilíbrio e daí sobre o tamanho do mercado.

Com isso, é possível apreender a normatividade do bem-estar: a diretriz econômica que proporciona a maior agregação possível de utilidade.¹⁶ O bem-estar divide-se em dois teoremas. O primeiro afirma que em mercados competitivos o equilíbrio será sempre eficiente no sentido de Pareto. Independentemente da atribuição inicial de recursos,

¹⁵ A caixa de Edgeworth assimila dois agentes em interação, demonstrando que trocas em mercados competitivos tendem à eficiência paretiana, em um conjunto infinito de pontos (curva de contrato ou conjunto de Pareto). O tamanho do mercado, no entanto, varia conforme a dotação inicial de cada agente. Hal R. Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 606-615.

¹⁶ “Avaliar situações e suas mudanças, tendo por referência o aumento do bem-estar é a questão normativa fundamental da ciência da economia do bem-estar.” George Enderle et al., *Dicionário de ética econômica*, p. 38.

as interações competitivas levam ao ponto eficiente.¹⁷ No entanto, como a economia do bem-estar não tem uma lógica distributiva direta ou que se imponha de forma automática, pelo seu só funcionamento, ela dependerá de atribuições de renda aos agentes econômicos. O segundo teorema da economia do bem-estar impõe que, se todos os agentes tiverem preferências bem-comportadas (convexas),¹⁸ “haverá sempre um conjunto de preços tal, que a cada alocação eficiente no sentido de Pareto, seja um equilíbrio de mercado, para uma distribuição apropriada de dotações”.¹⁹

O segundo teorema da economia do bem-estar determina indiretamente que as questões de eficiência prevalecem sobre as de equidade, não porque estas últimas sejam irrelevantes, mas principalmente porque um esquema de justiça intrínseco transformaria o modelo numa indeterminação. Questões distributivas são assim repassadas para uma opção política externa ao funcionamento do modelo, que pode somente afirmar que qualquer atribuição inicial de renda aos agentes econômicos pode ser eficiente, dentro de certas condições, a saber, convexidade das curvas de indiferença e existência de mercado plenamente competitivo e, fundamentalmente, que o sistema funcione eficientemente. Em outras palavras, em uma economia de mercado competitivo (eficiente), as dotações iniciais podem ser alteradas, porque essa alteração encontrará pontos novos de equilíbrio, automaticamente. Presentes as condições necessárias, a equidade pode ser uma escolha que não afetará o livre desempenho econômico.

Em resumo, a economia do bem-estar afirma que qualquer ponto de equilíbrio será eficiente no sentido de Pareto, em mercados plenamente competitivos (ou em que oferta e demanda sejam compatíveis). O segundo teorema coloca que este ponto também poderá ser atingido independentemente da distribuição inicial de renda, em mercados competitivos. As implicações dos teoremas da economia do bem-estar são que o funcionamento de uma economia competitiva leva à eficiência (em sentido paretiano) e que há uma relação direta entre preços e alocação de recursos, mas não entre preços e a distribuição destes recursos. A distribuição depende de opções políticas.

¹⁷ Varian coloca o primeiro teorema do bem-estar da seguinte forma: “O Primeiro Teorema do Bem-Estar garante que um mercado competitivo irá esgotar todos os ganhos de trocas: uma alocação de equilíbrio alcançada por um conjunto de mercados competitivos será necessariamente eficiente no sentido de Pareto. Tal alocação pode não ter outras propriedades desejáveis, mas será necessariamente eficiente”. Hal R. Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 620.

¹⁸ A convexidade da curva de indiferença é dita bem-comportada, porque, analiticamente, é forte, dado que nesse caso a reta de restrição orçamentária a tangenciará em um único ponto. Se as curvas não fossem convexas, então as leis de oferta e procura teriam menor poder explicativo, porque aí as trocas não teriam um ponto ótimo descritivo, mas vários. Idem, *ibidem*, p. 611.

¹⁹ Idem, p. 627.

Os modelos analíticos resumidos nos itens precedentes são todos de microeconomia, formulados por decisiva influência clássica. Eles indicam como as suposições ao agente propiciam complementar logicamente as definições de racionalidade instrumental, para formação de modelos descritivos da interação. A economia descritiva ou positiva é fortemente influenciada por estes modelos, afastando toda e qualquer influência endógena ao agente e a ele atribuindo algumas qualidades idealizadas. No caso da economia clássica, estes atributos ideais são de feição utilitária e não contratuais. Os pressupostos são utilitários²⁰ porque tomam como correta a ação de um sujeito que agregue utilidade total ao produto social. Este sujeito é autônomo e livre, é racional em busca de satisfação de seus interesses e igual porque seu peso é igual a todos os outros. A questão econômica primeira é de alocação eficiente de recursos escassos entre fins alternativos concorrentes, o que significa dizer que adequada é a ação do indivíduo que busca maximizar seu interesse, alocando recursos de forma a aumentar o total de utilidade para si.

Os modelos econômicos não se afastam das pressuposições científicas em geral. Como simplificações fundadas em uma normatividade subjacente, os modelos têm que se reportar sempre a estes elementos como contextos próprios ou limites de significação. Modelos sem contextos que lhe concedam sentido são proposições de significado confuso. O contexto em que os modelos são usados limita-se, por princípio, às circunstâncias em que estas idealização do objeto e do método econômico têm significado em função dos meios e dos fins.

Se ultrapassado esse contexto significativo, a normatividade econômica torna-se totalizante, ao não admitir outros mundos possíveis e ao fixar o cálculo como única regra moral relevante. Mas contextos referem-se tanto ao objeto quanto ao método. O objeto econômico tem sido visto tradicionalmente como o estudo da alocação de

²⁰ Sobre as possibilidades descritivas econômicas baseadas na tese utilitária, em resposta às críticas de Rawls ao utilitarismo, Harsanyi afirma que “uma versão atualizada do utilitarismo clássico é a única teoria ética do comportamento racional e um compromisso pleno com uma moralidade humana imparcial e solidária”. No original: “...an updated version of classical utilitarianism is the only ethical theory of rational behaviour and a full commitment to an impartially sympathetic humanitarian morality”. John C. Harsanyi, *Morality and the theory of rational behaviour*, in A. Sen e B. Williams, *Utilitarianism and beyond*, p. 61. Observe-se ainda que do utilitarismo não se chega, necessariamente, à economia do bem-estar. Há outros arranjos econômicos possíveis. O que se sustenta aqui é que a economia do bem-estar tem larga fundamentação ética no utilitarismo.

recursos escassos, entre fins alternativos concorrentes.²¹ O estudo é, portanto, da escassez e, nestes termos, a totalização da economia não ocorre pelo objeto, mas pelo método.

A expansão da abordagem econômica é iniciada mais claramente pela extrapolação de Becker, ao definir economia não pelo objeto, mas pelo método. Para o autor, as definições da disciplina econômica, por sua generalidade, não colocam o real problema do objeto de estudo nem o que fazem, de fato, os economistas. Becker acredita que a definição mais aceitável de economia – alocação de recursos escassos para satisfazer fins concorrentes – é excessivamente extensa e desqualifica do âmbito econômico comportamentos extramercado, o que seria um problema para a teoria econômica mesma, pois seriam desconsiderados comportamentos que afetam o mercado, mas que não são por ele internalizados.

Sem definições de economia, o objeto de reflexão econômica torna-se sem foco, passando-se ao argumento de que a abordagem econômica, o método econômico, seria característica essencial da própria ciência e não seu objeto de reflexão. Daí poder ser aplicada a muitas áreas para descrever a ação humana: “Sustento que a abordagem econômica é inequivocamente poderosa porque pode integrar um espectro amplo de comportamento humano”.²²

Com esse pensamento da economia explicada pelo método, iniciou-se uma progressiva e ininterrupta linha de expansão do método econômico em direção a outros conhecimentos, abarcando inclusive o direito. A expansão trouxe para a juridicidade os modelos como forma de compreensão jurídica. Os modelos transformam-se em linguagem jurídica.

4.4 Modelos econômicos como linguagem jurídica – Até este ponto, procurou-se descrever modelos econômicos, delimitando alguns de seus limites, em razão de suas funções internas no conhecimento econômico. Em razão dos modelos, ações podem ser descritas e julgadas, relativamente à sua consistência com o horizonte de compreensão econômico. Fora desse contexto, o uso do método econômico pode transformar-se em

²¹ A definição de Samuelson é extensa, mas contém os elementos mais importantes do objeto econômico: “Economia é o estudo de como os homens e a sociedade *decidem*, com ou sem o uso de dinheiro, empregar recursos produtivos *escassos*, que poderiam ter aplicações alternativas, para produzir diversas mercadorias ao longo do tempo e distribuí-las para consumo, agora e no futuro, entre diversas pessoas ou grupos da sociedade. Ela analisa custos e benefícios da melhoria das configurações de alocação de recursos”. Paul Samuelson, Introdução à Análise Econômica, vol I, p. 3 (grifos originais).

²² Tradução livre de “I contend that the economic approach is uniquely powerful because it can integrate a wide range of human behavior”. Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour*, p. 5.

indeterminação. O uso do método econômico no contexto jurídico será explorado aqui, primeiro comentando-se um caso de qualificação do valor de uma ação.

Supondo que uma pessoa decida usar transporte coletivo nos deslocamentos entre sua residência e seu trabalho, para poupar energia, diminuir a poluição do ar e causar menores congestionamentos. Os custos do deslocamento são de \$10 mensais, com o uso do automóvel próprio, e de \$12 mensais, com o uso do transporte coletivo eleito. Os custos incorridos para manutenção do automóvel já estão incluídos nos \$10. O tempo de deslocamento é idêntico, não havendo ganhos em qualquer opção manifesta, em tempo disponível para outros fins. A hipótese é factível na suposição de que a pessoa more a uma distância não muito grande do trabalho, onde há sempre vagas para estacionamento gratuito na rua. O gasto com combustíveis é baixo, porém maior do que os gastos de transporte coletivo. Não haveria gastos com estacionamento.

No caso hipotético, as circunstâncias exógenas estimulam o agente ao uso do automóvel. Ao optar pelo transporte coletivo mais caro, o agente em questão cai fora das características próprias dos modelos, como maximização da utilidade, por exemplo. Assim, a escolha será vista como irracional ou em desconformidade com modelos, porque o agente estaria reagindo de forma inconsistente com os sinais a ele transmitidos pelos preços. Ele estaria agindo de maneira nobre, de um ponto de vista moral, quando pensa coletivamente e nas gerações futuras, mas a descrição da ação está fora das percepções de correção estruturadas pelos modelos. Ele deixou de participar do bem-estar patrocinado pela sociedade em que vive, pois os sinais precificados indicavam que, nas suas circunstâncias, seria mais eficiente não utilizar os meios de transporte coletivo, mas o automóvel próprio. Neste último caso, seu bem-estar seria maior e, conseqüentemente, o de toda a coletividade. Ele está em um ponto da curva de demanda anterior ao ponto de equilíbrio, porque seria razoável supor que até o dispêndio de \$12, relativo ao uso do transporte coletivo, sua opção consistente é manter-se nos padrões econômicos sociais de que ele participa, o que incluiria o deslocamento de automóvel, mas não de táxi, cujo custo seria de \$15, por exemplo.

É importante aqui observar a diferença significativa que ocorre entre a aplicação do modelo econômico a qualquer ação (supondo que qualquer escolha observada seja útil para o agente) e a aceitação da ação economicamente analisada (a adequação do agir a certos pressupostos normativos). No caso, é possível aplicar modelos em termos de curvas de indiferença e restrições orçamentárias. O ponto representativo da escolha não é o

que tangencia a curva de restrição e a curva de indiferença. Por isso, a racionalidade da ação é limitada: o agente poderia agir mais eficientemente indo de carro, pois pouparia mais recursos para si.

Para tornar a ação aceitável, os modelos teriam que incluir outros dados, como o custo para o agente da poluição, do trânsito e do gasto energético. Tais custos seriam representativos da parte que lhe cabe pagar pelos efeitos sociais negativos das causas que procurou evitar. Poluição, trânsito e gastos energéticos demandam maiores dispêndios públicos, na engenharia de tráfego, no tempo em que a coletividade presa em congestionamentos deixa de produzir, nas pesquisas e prospecções de fontes energéticas escassas. Supondo que tudo isso somado e ponderado entre todos os membros da comunidade em que o agente vive seja de \$1, ele ainda terá motivos suficientes para o deslocamento de automóvel, e não de transporte coletivo, dado que os custos totais do deslocamento individual seriam \$1 mais baixos. Essa é a solução econômica que, normativamente, deixa de acolher como razoável o esforço do agente.

Assim, na realidade, os modelos tanto direcionam a tomada de decisão por uma determinada ação, dando razões suficientes ao agente para sua prática, quanto viabiliza sua compreensão. Os modelos são neutros tão somente até o ponto em que apresentam um horizonte de compreensão econômica possível. Esse horizonte determina que a ação seja percebida conforme as estruturas clássicas, mas não levam em conta outras opções normativas, por mais justificadas e lógicas que possam ser. A economia só poderia fundamentar a adequação do agir exemplificado extraindo outros elementos *ad hoc* dos pressupostos e incluí-los nos modelos, o que os transformaria em uma indeterminação com a qual a economia não pretende lidar, aparentemente.

A economia, no exemplo antes exposto, poderia supor que a quantia gasta a mais na opção feita pelo agente deveria ser comparada com quanto ele precifica sua própria contribuição para um futuro melhor para seus filhos, caso em que sua ação só teria efeitos se muitos outros agentes fizessem o mesmo, ou qual o valor dado pelo agente à sensação de estar agindo de forma coerente com seus princípios. Na primeira hipótese, os modelos seriam bem mais complexos, porque incluiriam um aspecto estratégico do agente, no sentido de que ele passaria a se comprometer não só com suas próprias ações, mas também com a de outros agentes. Além disso, há um componente de risco, porque o agente estaria pagando mais com base na probabilidade de atingir um resultado futuro totalmente incerto, sem probabilidade definida.

Outro exemplo pode ser dado, olhando para a oferta. Supondo uma pessoa com enorme coleção de discos antigos fora de catálogo, com músicas em domínio público ou sem envolvimento de direitos autorais, que os digitalize, colocando as músicas para compartilhamento gratuito pela rede mundial de computadores. A disponibilização é feita somente enquanto o disco estiver fora de catálogo. Nesse caso, os modelos indicam que, como a oferta das músicas partilhadas é nula, seu preço seria elevado. Por isso, compartilhá-las pode ser uma irracionalidade do agente, que não aproveita seu patrimônio para incremento do bem-estar. Sua ação pode ser generosa e culturalmente feliz, mas não lhe rende proveito econômico. Por isso, sua descrição já coloca o descuido do agente. A ação é ineficiente do ponto de vista social, pois ao menos a posição do detentor dos discos poderia ser melhorada. De outra parte, as escolhas do consumidor não estariam refletindo seus custos sociais, o que também é ineficiente.

Como se vê, modelos não só descrevem a ação, mas a direcionam, ao qualificá-la como certa ou errada pela aplicabilidade de algum elemento normativo. Eles, os modelos, ao estruturar a ação em movimentos baseados em cálculos, a qualificam como bem ou mal comportadas, em relação aos padrões normativamente estruturados. Na realidade, os padrões modelares econômicos são assimiláveis a regras jurídicas em um aspecto: eles exprimem um mundo possível, pelo qual o agente tem o prêmio ou a sanção das leis de mercado, segundo seu agir. Por isso, os modelos são, funcionalmente, análogos às construções dogmáticas hermenêuticas. Tanto quanto estas, aqueles estruturam as possibilidades de compreensão, baseados em premissas normativas.

Mas há uma diferença fundamental: as possibilidades redutivas do direito são contidas e não se dirigem a certos aspectos predeterminados. Para compreender a ação e predicá-la o direito não pode reduzir a realidade de forma fixa. Como se viu antes, o direito não tem uma forma metodológica imediata para apreender os fatos sociais e convertê-los em normas. O direito simplesmente submerge com o problema, para que a emergência da solução jurídica tenha sentido contextualizado. Os contextos de sentido econômico também existem, mas de maneira diversa em relação ao direito, em que os motivos para a ação podem ser traduzidos de modo mais aberto na língua natural, para só ao final de extensas considerações não reducionistas aplicar o código binário lícito/ilícito.

Na economia, a normatividade fecha-se sobre estruturas formalizadas, que qualificam de modo positivo/negativo a ação. Quaisquer outras considerações não podem ingressar na prospecção econômica. Na economia, a normatividade se organiza também

linguisticamente, mas a relevância é controlada pelas possibilidades fechadas da linguagem formal, que não trata jamais da contingência singular, mas da classe de contingência a que o evento singular se reporta.

Todas as aproximações feitas levam a crer que, em tese, é possível o uso dos modelos e do raciocínio econômico para entender o direito. Formalmente, ele pode ser um critério válido para haurir significados jurídicos, como uma forma de metalinguagem jurídica. Nesse caso, os modelos econômicos ingressam no direito como argumentos consequenciais, reportando-se sempre a consequências de fato externas à regra, mas por ela admissíveis em termos de significado justo do argumento. Esta é uma forma possível de comunicação entre os dois conhecimentos. O problema do uso da economia no direito não é, assim, uma questão de fronteiras intransponíveis, mas da fundamentação em que as linguagens estruturam os conhecimentos e como elas interferem na apreensão de sentido dos fatos e da normatividade.

Agora importa assinalar que, se o modelo jurídico é aberto à facticidade e normatividade econômica, quando circunstâncias jurídicas podem ser reduzidas a preços, a trocas, à comutatividade da interação, o mesmo não se pode dizer quando estas circunstâncias estiverem ausentes. A questão que a economia coloca para as ciências sociais hoje não é a de crítica de seus modelos, mas a pretensão totalizadora de suas aplicações, reduzindo o universo cultural e social aos pressupostos normativos dos modelos econômicos. A racionalidade jurídica contemporânea ressuscita a interferência ética na correção das decisões, como se viu antes, por justificação dos pressupostos usados. Disso se conclui que a assimilação da racionalidade jurídica à racionalidade econômica é o estabelecimento de limites em que o método econômico pode ser usado e, também, como ele poderá ser usado, de forma que a funcionalidade da pesquisa interdisciplinar tenha de fato relevância.

Este capítulo assinalou como as especificações de fundo normativo influíram nos modelos microeconômicos, usados largamente como um tipo de linguagem jurídica pela análise econômica do direito. Na perspectiva hermenêutica adotada para o trabalho, o uso no direito dos modelos será possível dentro de contextos significativos. No próximo capítulo, a análise econômica será vista mais de perto, seguindo as razões estruturantes dos modelos aqui expostas.

CAPÍTULO 5

INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Este capítulo se propõe apresentar a análise econômica do direito, privilegiando as alterações por ela operadas sobre as formas convencionais do pensamento jurídico, especialmente sobre o raciocínio pautado por consequências. O problema mais fundamental que se pretende indicar é relativo aos possíveis conflitos de sentido que a economia traz para o direito, pela via de argumentos consequenciais. De maneira mais profunda, a seção preocupa-se com argumentos econômicos potencialmente injustos ou com consequências racionais do ponto de vista normativo econômico, mas inadequadas como critério de decisão jurídica.

A análise econômica do direito bifurca-se em pelo menos duas direções: uma positiva ou descritiva (como o direito é) e outra normativa (como o direito deveria ser). Ambas as posturas têm, naturalmente, repercussões hermenêuticas. No primeiro caso, colocam-se argumentos econômicos para descrever o direito existente, e assim, na perspectiva aqui adotada, trazendo-o à existência de modo a patrocinar um máximo de fins econômicos normativamente determinados, especialmente eficiência e bem-estar. No segundo, argumenta-se, também economicamente, em função dos mesmos fins, sobre o melhor desenho jurídico para ultrapassar alguma eventual inconsistência econômica da norma descrita. Portanto, o método econômico ingressa no pensamento jurídico alterando as avaliações deontológicas internas tradicionalmente feitas no direito, por via das consequências econômicas também normativamente estruturadas. Consequências serão desejáveis ou indesejáveis segundo os efeitos econômicos, frutos de uma escolha normativa que se pode chocar com a normatividade jurídica.

Sem pretender esgotar o tema por questões de espaço, duas questões antecedentes devem ser enfrentadas: a primeira é relativa às possibilidades de comunicação sistêmicas das duas disciplinas, e, a segunda, é sobre os problemas de relações entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. No primeiro caso, há uma longa tradição que liga o direito à economia e que tem implicações sistêmicas. No segundo caso, sendo a AED um produto da tradição ligada ao *common law*, necessário ver seu significado possível na tradição do direito estatal legislado.

5.1 Análise econômica do direito vista pelas relações gerais entre direito e economia –

Uma primeira indagação sobre as possibilidades concretas de comunicação entre direito e economia é aquela que envolve sistemas. Em que termos e sob que condições sistêmicas os dois conhecimentos podem se reunir ou se articular reciprocamente? Até as exposições do capítulo antecedente, as imbricações do direito e da economia não iam muito além de argumentações abertas, sem especificidade. Só a separação dos capítulos em assuntos jurídicos e econômicos demonstra que há algum problema em misturar conhecimentos da perspectiva hermenêutica: a mistura pode criar uma indefinição insuperável de contexto, no mínimo.

Por isso, antes que as especificações da análise econômica do direito sejam expostas, convém discorrer sobre as relações do direito e da economia, como sistemas sociais, ainda que de forma muito esquemática e propositalmente simplificada, propondo uma solução que permita o prosseguimento da pesquisa ou ao menos uma posição que ela pode tomar a respeito.

A história do pensamento que reúne direito e economia é bastante complexa e poderia ser traçada desde o início da modernidade. No entanto, como argumentado anteriormente, até a última fase do direito natural, a economia não se destacava como conhecimento específico. A matéria econômica encampava-se no direito, na política e na filosofia moral, dependendo do nível de gestão. O destacamento da matéria econômica propriamente dita ocorreu por força do racionalismo do século XVIII, para a melhoria da gestão dos bens em geral, e também como promessa de liberação do homem dos aprisionamentos sociais e materiais. Dessa forma, a ciência econômica determinou-se, já no nascimento, como uma fórmula racional e científica sobre a melhor gestão de recursos para proveito de todos. Na formação de suas bases conceituais, a economia sofreu forte influência da razão utilitária, base filosófica mais persistente e profunda nos encerramentos conceituais da ciência econômica clássica e que proporcionou a conformação dos modelos e deles se passar à análise do fenômeno econômico por meio de uma ultrarracionalidade calculativa.

Toda a base fundamental clássica da ciência econômica foi objeto da crítica de Marx, mas que lida apenas indiretamente com as relações entre o direito e a economia.¹

¹ Marx não trata especificamente do direito, salvo pelas suas preocupações com o papel do Estado na recondução do real ao racional, em explícito diálogo com a terceira Seção (*O Estado*) dos Princípios da Filosofia do Direito de Hegel. Karl Marx, *Crítica da filosofia de direito de Hegel*, especialmente p. 130-136. Essa é uma ideia que se confirma ainda hoje por autores que olham para o direito na perspectiva crítica marxista. Neste sentido, Marx dirige-se a uma teoria do Estado para além dos interesses privados do capital

Entretanto, ao afirmar as condições em que o capital se acumula pela apropriação do valor do trabalho e aquelas que tornam a mercadoria objeto de troca por dinheiro, Marx não deixa de pressupor um determinado ambiente jurídico², fortemente ideológico, pois, sem ele, seria revelado o fetichismo que a mercadoria encerra e consistente na máscara sobre as condições sociais históricas expropriatórias de sua produção e circulação.

A mercadoria só se transforma no ícone da racionalidade utilitária se se confundirem as fórmulas de valor nela encerrados (valor de troca e valor de uso) e que faz do trabalho um elemento aliado da estruturação econômica. Assim, o trabalhador vende sua força de trabalho para produzir a mercadoria, mas depois deve adquiri-la em regime de uso (utilidade), deixando a mais-valia com o proprietário dos meios de produção. A liberdade das transações é assegurada por um sistema jurídico destinado à supremacia do funcionamento da estrutura econômica de produção capitalista. Nele prevalecem as garantias da propriedade³ e da liberdade de contratar, elementos fundamentais do sistema econômico. São estes dois aspectos jurídicos que definem, na realidade, todo o sistema, para a apropriação privada do esforço social produtivo.⁴

Em síntese, o direito, tanto quanto a política, determina a possibilidade de prevalência do modo de produção capitalista, baseada na exploração livre da propriedade privada. Isso significava que o jurídico estava em função da economia liberal ou das formas individuais de apropriação privada do produto do trabalho, posto como mercadoria abstrata e com preço fixado em regime de mercado.⁵ A economia liberal é a estrutura social preponderante e fixa as possibilidades da regulação jurídica, porque a exploração

que se haviam apropriado da organização coletiva estatal no século XIX. O desenvolvimento de uma teoria marxista do direito é assim tortuoso e complexo. Michel Miaille, *Introdução crítica ao direito*, p. 126-135.

² Como anota Alaôr Caffé Alves Filho, A normatividade e a estrutura social como dimensões históricas, in Alaôr Caffé Alves Filho et al, *Direito, sociedade e economia*, p. 37-72.

³ Observe-se que a propriedade ou a demarcação clara de exclusão de pretensões concorrentes sobre um mesmo bem de valor econômico quer aqui afirmar somente a detenção de capital para o uso dos meios de produção (que juridicamente podem ser em regime de locação, usufruto ou esquemas contratuais com terceiros produtores por encomenda do capitalista). Isso significa que, para a crítica marxista, o regime jurídico da propriedade privada, no sistema de produção capitalista, manifesta-se sobre o capital acumulado de forma mais clara e não sobre a propriedade de máquinas e imóveis, como intuitivamente se pensa. Sobre este aspecto, ver Supremo Tribunal Federal, ADI 3.273-9/DF e 3.366-2/DF.

⁴ Karl Marx, *O capital*, especialmente p. 92-97, 77-82, 131-141.

⁵ A apropriação do trabalho pelo capital ocorre por meio do fetichismo da utilidade e da propriedade privada como direito subjetivo, excludente de qualquer pretensão por outros, a qualquer título e que só circula por meio de transações seguras ou contratos. G.A. Cohen, *Self-ownership, freedom and equality*, p. 197-203.

livre da atividade individual garante a retenção da mais-valia pelo capitalista, cujo único compromisso são o lucro e a acumulação de capital.⁶

Para Marx, nesse esquema de organização social, o importante seria permitir que o capital fluísse de maneira livre e desimpedida, inclusive de eventuais amarras de justiça ou equidade. As relações eram, assim, de implicação estrutural e ideológica, pois privilegiam o detentor do capital, como promessa de liberação dos trabalhadores pelo crescimento. Os não capitalistas, homens só pretensamente livres por não possuírem meios de produção, engajam-se na vida econômica pelo trabalho e, por isso, são transformados em instrumentos do capital.⁷ Os esquemas jurídicos contratuais liberais fixam a estrutura de dominação em favor do capital e sua acumulação.

De um ponto de vista marxista, pode-se ver a AED como uma forma ideológica qualificada de assegurar um determinado sentido econômico – o capitalista – à estrutura jurídica. Por isso, se o direito liberal não tinha um foco certo em Marx, a AED teria um papel ainda menos relevante. Além disso, Marx desontologiza e dessacraliza a história no presente, reflexo dos processos pretéritos em direção ao futuro determinado, a libertação comunista do homem, construção que foge, por seu determinismo histórico, das premissas hermenêuticas estabelecidas para o presente estudo.⁸

Um caso diferente é o de Weber, que procura estabelecer relações sistêmicas de cunho mais descritivo, a partir da sociologia positiva, separando a estrutura econômica das investigações normativas,⁹ embora não de forma excludente. Portanto, pode-se atribuir ao indivíduo livre a exploração de suas próprias atividades, estas, objeto de apreensão de significado pela sociologia. O direito, nesta visão, é essencialmente uma descrição de estruturas sociais normativas observadas,¹⁰ cuja correção ou adequação estaria fora das possibilidades predicativas da ciência social propriamente dita. Estruturas política, jurídica e econômica seriam dados e, portanto, estabelecem relações complexas entre si, por referência à realidade mutável e sem um fim determinado. No direito e na economia essa mutabilidade seria conformada pela realidade econômica, desenvolvida dentro de modelos jurídicos. As realidades sociais seriam um tipo ideal de construção racional que as

⁶ Há um diálogo econômico contínuo de Ricardo para Marx, pelo pensamento ricardiano sobre os papéis econômicos dos agentes e o conflito entre lucro e salário. David Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation*, p. 64-76.

⁷ Karl Marx, *Manifesto comunista*, p. 46.

⁸ Em Marx, “A temporalidade não existe. Ela ‘se temporaliza’”. Daniel Bensaïd, *Marx, o intempestivo: grandezas e misérias de uma aventura crítica*, p. 125.

⁹ Max Weber, *Economia e sociedade*, p. 4.

¹⁰ Max Weber, *idem*, p. 210.

apreende. Isso significa que direito e economia se reportam à realidade histórica complexa, não linear, sem começo visível ou fim determinado. Por meio de idealizações da razão as disciplinas extraem da realidade conhecimentos, cujo êxito é sempre variável. Nessa explicação é possível ingressar com considerações que hoje se conhecem como interdisciplinares. Afinal de contas, a idealização dos tipos do qual decorrem o direito e a economia são só produtos da razão. A realidade pode apontar para muitas vias diferentes para trânsito.

As relações entre direito e economia podem ser, assim, estruturais, mas não no sentido de dominação proposta por Marx, pois em Weber a funcionalidade do direito é distinta da marxista. As estruturas econômicas e jurídicas se inter-relacionam como elementos destinados aos fins sociais, estes, não passíveis de conhecimento do tipo sintético ou analítico. A vida social é bem mais complexa e fugidia do que nossa capacidade de conhecê-la. Por isso, para Weber as relações poderiam ter ainda funções ideológicas, porém, mais uma vez, diferentes daquelas apontadas por Marx, dado que as conexões dependeriam de uma crença que a própria sociedade construiria de forma indeterminada e sem implicar necessariamente qualquer ideia evolutiva ou determinista. Isso significa que todos se limitam, em alguma medida, com as próprias forças ideológicas que comprometem o *ethos* social do qual se fala. E esse *ethos*, no capitalismo, ainda é um juízo de fé nos merecimentos do trabalho.¹¹ Portanto, economia e direito são mais ordenamentos que servem à organização social e têm menores implicações limitativas estruturais. Os sistemas se implicam, mas guardam especificidades em razão de suas referências. Eles apontam para coisas que lhe dão especificidade. A existência do sistema não é dependente de uma hierarquia ideológica das estruturas. Nem eles se referem a um futuro certo. Weber não esconde seu ceticismo sobre o conhecimento e as determinações sociais.

Em geral, no século XX, seguindo a influência de Weber, as relações entre direito e economia evoluíram articulando-se como forma (o direito) e conteúdo (a economia).

O construtivismo jurídico de Natalino Irti altera a sincronia de convivência das duas estruturas sociais weberianas, pois, para ele, o direito redefine suas próprias realidades, e, por isso, a ordem econômica só tem relação com a jurídica nos exatos termos

¹¹ Max Weber, *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 166.

estipulados pelo direito.¹² Não há realidade social natural que estabeleça as relações. Elas decorrem sempre do que o direito admite em suas construções internas. Assim, a naturalização das leis econômicas parece uma construção autônoma, mas até que se vejam os seus pressupostos. Na realidade, a ordem econômica do mercado (parte das relações direito e economia) pressupõe a existência de institutos jurídicos que lhe conformem. O direito passa então a ser um tipo de molde da ordem do mercado, nisso não se distanciando Irti das leituras weberianas acima expostas.¹³ O mercado é um *locus artificialis* criado por instituições jurídicas. O que fica mais claro em Irti é a circunstância de que a naturalização da ordem econômica é também ela uma opção política normativa, e que essa naturalização transmite decisões políticas para a esfera privada de vontade.¹⁴

Até onde os pressupostos de Irti são consensuais não se pode afirmar. Na realidade, tanto a ordem econômica é conformada pelo direito como o direito é conformado pela ordem econômica.¹⁵ Por isso, a visão weberiana de ordens reciprocamente implicadas não pode ser descartada como forma de aproximação de direito

¹² “Bastam estas colocações – este simples refletir sobre as descrições das economias ‘naturais’ – para desvendar a relação entre direito e economia, e afirmar claramente que o direito *conforma* os vários regimes de produção e circulação dos bens. A função conformadora do direito consiste em dar forma aos eventos externos, ou, de outro modo, no *constituí-los como fatos jurídicos*” No original: “Bastano questi rilievi – questo semplice riflettere sulle descrizioni delle economie ‘naturali’ – per rovesciare il rapporto tra diritto ed economia, e asserire nettamente che il diritto *conforma* i vari regimi di produzione e circolazioni dei Beni. La funzione conformatrice del diritto consiste proprio nel dar forma agli eventi esterni, o, se si vuole, *nel costituirli come fatti giuridici*”. Natalino Irti, *Diritto e mercato*, in Natalino Irti et al, *Il dibattito sull’ordine giuridica del mercato*, p. XII (grifos originais).

¹³ “As normas, tornando os comportamentos individuais previsíveis e obrigatórios, constroem a calculabilidade de uma ordem. O caráter de calculabilidade, já esclarecido por Max Weber, designa, por assim dizer, a força de uma expectativa: a qual não se funda na valoração arbitrária da parte, mas sobre a regra objetiva do direito.” No original: “Le norme, rendendo previsibili e coercibili i comportamenti dei singoli, costruiscono la calcolabilità di un ordine. Il carattere di calcolabilità, già individuato da Max Weber, designa, per così dire, la forza di un’aspettativa: la quale non riposa sull’arbitraria valutazione della parte, ma sull’oggettiva regola del diritto”. Natalino Irti, *ibidem*, p. XIV. A influência de Weber sobre Irti é assinalada de forma clara por Guido Rossi, (II dibattito), in Natalino Irti et als, *Il dibattito sull’ordine giuridica del mercato*, p. 64.

¹⁴ “Quando se afirma que o direito determina a economia, e o mercado se resolve no estatuto de normas, não se propõe um ou outro regime de trocas, uma ou outra disciplina da propriedade, mas somente se recorda o elementar pressuposto de todas as estruturas: a vontade política, traduzida em instituições jurídicas.” Natalino Irti, *A ordem jurídica do mercado*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, p. 97. Mais adiante o autor afirma: “Quando os ‘liberais da cátedra’ invocam as leis naturais da economia, ou a neutralidade do mercado, e pretendem que o direito a elas se ajuste, eles não sabem (ou sabem muito bem) estar exercitando a nua e pura política, amiga ou inimiga de outras visões da vida e da sociedade”. *Idem*, *ibidem*, p. 99.

¹⁵ Essa é a posição aproximada de Guido Rossi: “A verdade é que, no nosso sistema econômico, os mercados, onde eles existem porque impostos do exterior – a partir da ordem comunitária ou a partir do conceito que está sob o nome de globalização –, não são tais porque existe uma garantia jurídica própria”. No original: “La verità è che nel nostro sistema economico i mercati, laddove esistono, perchè imposti dal esterno – dall’ordinamento comunitario o dalla fattispecie che va sotto il nome di globalizzazione –, non sono tali soamente perchè esiste um loro statuto giuridico”. (II dibattito), in Natalino Irti et als, *Il dibattito sull’ordine giuridica del mercato*, p. 69.

e economia do tipo que faz a análise econômica do direito, mas ela ainda assim comportaria certas especificações, como se viu nos debates sobre a tese de Irti.

Em resumo, do ponto de vista weberiano restariam possibilidades relacionais, pois a AED propõe uma descrição de dados sociais objetivos, metodologicamente estruturados sobre a racionalidade econômica. Mas essa aproximação obedeceria a critérios muito vagos, porque a necessidade de reconhecimento de um objeto dependeria de uma hipótese genérica racional e de sua verificação empírica, mesmo nos padrões weberianos. Até o momento, nenhum dos dois requisitos foi cumprido pela AED. A norma jurídica poderia qualificar-se como seu objeto, mas ele não incluiria a predicação normativa da AED. Além disso, não há uma hipótese delimitada para o objeto, sem recorrer a campos unificados do direito e da economia, na filosofia moral. Relacionar a análise econômica do direito em uma forma weberiana seria admissível, mas dependeria de interpretações complexas, que aqui não são necessárias.

Uma última forma de abordagem é a de relacionamento de sistemas no âmbito comunicativo. Esse é o caso da teoria dos sistemas de Luhman.¹⁶ Sistemas comunicacionais se fecham sobre suas funções sociais específicas, reproduzem seus conceitos e os afirmam, apontando para uma zona da realidade inteligível. A função comunicacional é a utilidade social do sistema e encerra sua interferência na realidade. Por isso, os sistemas são autorreferentes (o sistema constitui os elementos de que é composto), dotados de reflexividade (o sistema compõe seus próprios processos definidores) e reflexão (o sistema é definido perante si mesmo). Portanto, um sistema do tipo comunicacional só tem base mediata na realidade social complexa e tem um fim limitado nela. Só assim o sistema consegue se estabelecer como significado autônomo: por meio de suas estruturas internas, que incluem ou excluem o que a ele pertence ou não pertence, por processos particulares. A função sistêmica do direito é a comunicação social geral, direcionada a tornar inteligível e, portanto, assimilável como ação correspondente, comandos que especificam o certo e o errado. Para essa comunicação, o código jurídico é binário (legal/ilegal, lícito/ilícito), de forma a tornar clara a expectativa social garantida. As operações jurídicas dependem de suas próprias regras (criação do direito válido) e modulam-se condicionalmente (se/então), pela hipótese e sua consequência, via núcleos sociais organizados institucionalmente (Justiça). Não é difícil assimilar esse tipo de sistema à positividade do direito posto, pois do direito posto decorre necessariamente o que está

¹⁶ Niklas Luhman, *Sociologia do direito II*, pp. 33-34.

dentro e o que está fora do conjunto e o que é lícito e ilícito. Sem as formas não haveria conjunto ou sistema jurídico.

Em economia, a função do sistema é reconhecer a organização das atividades para melhor reprodução de recursos escassos. O código comunicacional econômico é múltiplo e coloca o ter e o não ter como capacidade de operar no sistema, por pagamentos. As operações econômicas ocorrem em razão do signo preço, via dinheiro, a fórmula de liquidar transações. Pela predominância dos meios monetários para atuação no sistema, a economia institucionaliza-se difusamente ao redor da autoridade que especifica valor à moeda. Por esses motivos, a via de relação sistêmica do direito e da economia, na vertente da teoria dos sistemas, aponta para propriedade (expectativa funcionalmente garantida pelo direito, que serve de código operacional econômico) e contratos (aí também uma expectativa social de garantia de cumprimento de obrigações, que modula as operações econômicas). Propriedade e contratos são assim elementos conceituais comuns que ligam os dois saberes. A direção ou destino dessa relação e dos sistemas sociais mesmos não é uma questão fundamental ao sistema. A função é definida em outro sistema, o político, com suas próprias peculiaridades. Esse tipo de teoria sistêmica implica então o estabelecimento de recortes conceituais sobre a realidade que inviabilizam a análise econômica do direito, quando esta se afastar da propriedade ou dos contratos. Além disso, esse tipo de abordagem não indica nenhum elemento crítico sobre a finalidade das aproximações. As confusões metodológicas seriam insuperáveis. Por último, elas fogem à forma hermenêutica que se estabeleceu antes sobre o direito, em relação de significado, sistêmica ou não.

De fato, a análise econômica do direito estabelece relações entre o direito e a economia que não se enquadram em formas sistêmicas desse tipo. Ao trazer o método da economia positiva, de forte influência clássica, para o espectro operacional jurídico, a AED foge ao esquema de sistemas comunicacionais, porque extrapola em muito as possibilidades de comunicação definidas como possíveis. O que parece não se encaixar aqui é que o método econômico pretende ser um modo racional de interpretar qualquer situação normatizada e não só aquelas que tenham alguma afinidade com a economia. E, assim procedendo, a análise econômica do direito passa a ser um sem sentido, quando extrapola o contrato e a propriedade. Mas essa é uma solução um tanto quanto apressada, porque a AED preocupa-se com direito penal, com direito administrativo, direito de

família, e outras áreas jurídicas, mesmo quando elas não tenham nenhuma implicação com contratos e com propriedade.

A teoria dos sistemas indica, por isso, as maiores dificuldades para explicar as relações dos dois conhecimentos. As vias exclusivas de comunicação dos sistemas, a propriedade e o contrato, não abarcam tudo o que a análise econômica do direito vem fazendo. Elas jamais chegariam a explicar os estudos econômicos de certas áreas jurídicas em que propriedade e contratos tenham pouca relevância. Os fechamentos da teoria dos sistemas inviabilizam em grande parte toda a prática que se foi conformando como estudos interdisciplinares na AED. Por esses problemas conceituais, que escapam à realidade prática dos juristas da análise econômica do direito, a tese dos sistemas não se encaixa bem nas relações do direito com a economia, conforme propõe a AED.

Entretanto, as relações sistêmicas podem estabelecer-se pela via do objeto normatizado. Nesse sentido, a funcionalidade não se determina pela ideia de sistemas autorreferentes, mas de sistemas inter-referentes, em função de sua aproximação de certos problemas, evidenciando uma análise sobre a utilidade social de conhecimentos relacionados, e não suas estruturas como significado social fixado pela função do sistema. É que, ao se tornar mais econômico, o direito pode continuar exercendo seu potencial regulador. Não há necessariamente perda funcional do sistema só pelo relacionamento. A perda de função existe na inoperância dos sistemas diante de suas funções. Parece assim que o fechamento de sistemas é mais danoso ao significado social. Portanto, ao predicar economicidade nas normas jurídicas, a AED pode estar indicando certas formas de significado social, que não estavam presentes na interpretação do direito antes dela e que concedam soluções diferentes daquelas apontadas internamente pelos sistemas. Por isso, do ponto de vista hermenêutico, acompanhar a pesquisa significa adentrar em seus argumentos, independentemente das limitações lógicas e comunicacionais, e observar o que elas significam.

Esse tipo de análise funcional é muito diferente daquela proposta pela teoria dos sistemas de Luhmann e afirma uma perspectiva sobre a maneira como cada uma das duas disciplinas procura interferir na realidade social e de como se integram em termos das pesquisas realizadas.¹⁷ A ideia que aqui norteia a funcionalidade não é propriamente uma questão de sistemas, embora com ela tenha afinidade, mas de como uma disciplina se

¹⁷ O funcionalismo social supera o significado que lhe imputa criticamente Kaufmann, de função sistêmica, para fechamento lógico de conceitos, como a proposta luhmiana. A. Kaufmann, *Problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 128-129.

coloca diante da outra, em termos de meios e fins que reciprocamente exercem entre si ou de como são estruturados conhecimentos inter-referentes.¹⁸ A funcionalidade desse tipo de pesquisa jurídica opõe atitudes vinculada e livre, conservadora e inovadora e, por último, formalista e realista. Os pares conceituais são construídos, respectivamente, sobre as variáveis do sistema jurídico trabalhado pelo pesquisador (variável institucional), da sua posição social (variável social) e da concepção e da relação do direito com a sociedade (variável cultural). Em um lado estaria a pesquisa vinculada, conservadora e formalista e no lado oposto, a pesquisa livre, inovadora e realista.¹⁹ A abordagem funcionalista indica que estas últimas características são funcionalmente determinantes se o caso é observar como consequências afetam a interpretação.

Tais considerações colocam uma visão de sistemas jurídico e econômico mais flexível e aberta. Por isso, a ideia de sistema jurídico que será adotada tem por base a tese de Tércio Sampaio Ferraz Jr.,²⁰ no sentido de que o sistema jurídico fecha-se formalmente sobre amplas direções cognitivas abertas da realidade regulada, que dá sentido às formas. A tese baseia-se na acepção *valer-para* de Emil Lask, significando, com isso, que o sistema jurídico é valor solúvel na realidade normativa e normatizada, sendo por isso mesmo uma construção problemática, dado que não há logicamente uma estruturação inteira, que perpassasse todos os campos normativos. Essa é uma visão que, sem prejudicar a investigação hermenêutica da análise econômica do direito, mantém a racionalidade sistêmica mínima, imprescindível para a qualificação de argumentos interdisciplinares, como as da análise econômica do direito.

5.2 As possibilidades da análise econômica do direito na tradição romanística – A análise econômica do direito é conceituada como “a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos, para examinar a formação, estrutura, processos e impacto do direito e de instituições jurídicas”.²¹ A tradição da AED foi toda conformada na tradição do

¹⁸ Bobbio concebe seu funcionalismo afastado da ideia de sistema, alertando, em sentido oposto, para a funcionalidade do direito como aquela ligada à atividade de pesquisa jurídica que acompanha e auxilia as transformações sociais, superando a atividade formalista de só interpretar o repertório de normas. Norberto Bobbio, *Da estrutura à função*, p. 33 e ss.

¹⁹ Norberto Bobbio, *idem*, p. 37-45.

²⁰ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *O conceito de sistema no direito*, p. 118-129 e 161-175.

²¹ O conceito é de Charles K. Rowley, apud Ejan Mackaay, *History of law and economics*, p. 65.

common law. Por isso, seria necessário afirmar em que medida a pesquisa pode ser aplicada à tradição romanística.²²

A feição atual da AED tem origens no neoclassicismo e neoinstitucionalismo americano da Escola de Chicago e, até o início dos anos 1980, o pensamento da escola floresceu, especificou seus principais problemas e sistematizou suas respostas. Após esse período, a pesquisa interrompe a expansão, mas, ao mesmo tempo, cristaliza-se como uma tradição no direito norte-americano. “Em país algum a análise econômica do direito teve tanto impacto quanto tem nos Estados Unidos”.²³

Embora suas ideias tenham atingido países de tradição diferente do *commom law*, principalmente a partir dos anos 1980, a referência fundamental da AED ainda é a eficiência econômica da *common law*, como ensaiaram, por exemplo, Posner²⁴ e Shavell,²⁵ entre outros autores. Assim, *law and economics* coloca-se como uma tradição paroquial e até mesmo provinciana, dos Estados Unidos, enraizada na tradição do direito local. Já a tradição do direito continental europeu, mais centrada no cosmopolitismo de feição abstrata, apresenta diferenças em relação às operações dogmáticas jurídicas do sistema do direito comum anglo saxão. Por isso, convém esclarecer como direcionar o argumento da AED ao caso do sistema romanístico. Duas questões devem ser enfrentadas neste aspecto. A primeira é relativa às diferenças operacionais dos dois sistemas e suas influências sobre a análise econômica; a segunda concerne aos limites impostos pelas duas tradições na hermenêutica.

O primeiro problema resume-se na circunstância de que, na tradição do direito comum, a prevalência do precedente ou a vinculação dos juízes a outros julgados,

²² Seria possível traçar uma história da análise econômica anterior ao seu recente aparecimento, na década de 1960, no círculo da Universidade de Chicago. Entretanto, uma tal tarefa dependeria de interpretações no mais das vezes duvidosas, sobre certas aproximações que já ocorreram entre direito e economia em toda a tradição moderna. Por isso, aqui são desconsideradas as proposições de que a história da análise econômica do direito é mais antiga e universal. Como hoje se a reconhece, a linha de pesquisa não é só uma relação direito e economia, mas uma relação qualificada metodológica e normativamente, pois direcionada aos estados liberais da atualidade, com métodos econômicos mais apurados e em ambiente de proeminência social do conhecimento econômico. Ejan Mackaay periodiza a história da análise econômica do direito, antes dos anos 1960, como *precursores* (século XVIII), *primeira onda* (século XIX e início do século XX), e *inícios* (décadas de 1930 a 1950). Ejan Mackaay, *History of law and economics*, p. 67-74.

²³ Idem, *ibidem*, p. 65.

²⁴ Posner caracteriza o *commom law* como o direito criado por juízes como subproduto da decisão de casos ou o direito baseado em precedentes judiciais e indica seus principais campos: propriedade, contratos e responsabilidade civil. Toda a tipologia pode ser analisada pela *Law and Economics*, “a tipologia é útil ao trazer à tona o tema principal desta parte do livro: a adequação entre as doutrinas do *common law* e o princípio econômico da eficiência”. No original: “[...] the typology is useful in bringing out the principal theme in this part of the book: the congruence between the doctrines of common law and the principle of economic efficiency”. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 31.

²⁵ Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 5.

pelo *stare decisis*, no sistema do *civil law* converte-se na preponderância do texto normativo originário de um parlamento. Isso significa que o juiz, no sistema do *common law*, apresenta possibilidades sistêmicas mais claras de criação do direito, embora mais controladas pela força do precedente. Vinculado ao precedente, com base em raciocínio analógico, a autoridade judicial do *common law* só cria o direito na medida da aproximação do caso concreto com os semelhantes já solucionados. Nem por isso, o julgador, em muitos casos, deixa de ter um vínculo com o texto geral positivado pela iniciativa do legislativo. Esse aspecto encerra um paradoxo aparente, pois, ao mesmo tempo em que dá liberdade criativa ao juiz, fixa suas possibilidades criativas aos casos já decididos. Na análise econômica do direito, as diferenças operacionais refletem-se na maior facilidade que o juiz do *common law* tem para expressar argumentos econômicos na fundamentação do caso, mas sempre restrito à assimilação do caso ao precedente por uma razão predominantemente analógica.

Assim, se no caso do direito legislado o juiz está primeiramente vinculado ao texto geral de lei, no caso do *common law* essa vinculação ocorre com o precedente. A vinculação é distinta, pois no segundo caso, há preponderância das razões ou argumentos relevantes analógicos para aproximação do caso ao precedente já decidido. Mas as diferenças não são de tal ordem e magnitude que proíbam qualquer aproximação dos dois sistemas. Elas são relevantes, sobretudo, em direito comparado, para analisar as diferentes formas de institutos específicos, mas não para estudos jurídicos em geral, como os que aqui se empreendem. Além disso, nos países que adotam o sistema do *common law*, estão presentes formas legais aproximadamente iguais às da tradição do direito positivo, como no caso dos *statutes*,²⁶ tanto quanto nos estados com tradição do *civil law* os precedentes vêm ganhando maior importância. Também no sistema do *common law* o juiz pode se ver preso à interpretação original de textos legislados, como ocorre frequentemente com o direito tributário. No ambiente do direito romanístico, para muitas situações, o raciocínio analógico prevalece.²⁷ Portanto, mais uma vez, sem pretender resolver diferenças sistêmicas, é possível encarar a realidade proposta pela análise econômica do direito na

²⁶ “Na época atual, o ‘Welfare State’ (‘Estado Social’ ou ‘Estado do bem-estar social’) se esforça, na Inglaterra como na França, em criar uma nova sociedade, com mais igualdade e mais justiça. Neste contexto, a legislação e a regulamentação administrativa deverão desempenhar um papel primordial. O direito inglês, que até o século XX era de um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei.” René David, *O direito inglês*, p. 11.

²⁷ Tal é o caso, por exemplo, no Brasil, da necessidade de, na interposição de recursos extravagantes por dissídio jurisprudencial, demonstração de conflito da decisão recorrida com decisão anterior do tribunal *a quo*. República Federativa do Brasil, Constituição Federal, arts. 102, III, c, e 105, III, c.

tradição do direito romanístico, tomando o cuidado de estabelecer em que medida as diferenças operacionais constituem algum óbice, se é que constituem.

O segundo problema, relativo às implicações hermenêuticas das diferenças entre os dois sistemas, aparece mais claramente no papel do juiz. Como ao juiz cabe decidir muitos casos em relação a precedentes, e não à lei promulgada, no sistema do *common law* há uma clara objetivação política do magistrado. Em outras palavras, do ponto de vista da interpretação, o que importa é observar as implicações dessa relativa clareza política da decisão. Na tradição anglo-saxã do direito comum, é mais claro que cabe ao juiz resolver o conflito pelo mesmo poder estatal que têm legislativo e executivo, sem com isso recair nas acusações de militância judicial ou interferência no âmbito de outros poderes de estado. O poder do juiz no sistema da *common law* é assumidamente o mesmo do parlamento, mas aplicado de maneira diferente e, por isso, as decisões dos casos estão mais claramente fundadas nas bases políticas do sistema. O juiz engaja-se politicamente na decisão e, por isso, a interpretação no sistema do direito comum pode assumir de forma evidente seu papel de criação do direito.

Pelo suposto hermenêutico já exposto, as diferenças entre o sistema da *common law* e de tradição legislada perdem substância, pois o texto dado pela norma positiva tem um papel análogo ao precedente. A norma jurídica, em qualquer caso, não é um objeto que fale por si mesmo o direito e determine a decisão. A norma positiva da tradição romanística, tanto quanto o precedente do direito comum, deve ser interpretada, em uma visão criativa.

Nos dois casos, a tese de separação entre poderes estatais traz algumas dificuldades para essa compreensão jurídica, dado que nela, aparentemente e por tradição, o juiz é uma espécie de boca que fala a lei preexistente. Quanto ao direito comum, a boca fala um direito preexistente articulado em precedentes com preponderância do raciocínio analógico.²⁸ No sistema do direito positivo a boca fala o direito preexistente segundo normas gerais postas, com predomínio de articulações aproximadas ao silogismo aplicado ao comando deontológico. No entanto, a forma de encarar o direito nesta pesquisa, pela

²⁸ “Em qualquer nível, deve-se buscar a obrigatoriedade do precedente na ‘ratio decidendi’. A estrutura de uma sentença anglo-saxônica é constituída geralmente de uma sucinta exposição do fato, da decisão e do motivo que levou o juiz a decidir naquele sentido (‘ratio decidendi’). É evocando aquela ‘ratio’ que os juízes sucessivos decidirão se aquele precedente se adéqua ou não ao caso concreto a ser decidido. Um mesmo caso pode gerar vários precedentes, se sua decisão é ilustrada por uma pluralidade de razões.” Mario Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 338. No mesmo sentido, expõe Weinreb que o raciocínio jurídico é preponderantemente, senão exclusivamente, analógico. Lloyd L. Weinreb, *A razão jurídica*, p. 43-95.

hermenêutica, não coloca ênfase nestas diferenças.²⁹ Para os dois sistemas, as formas de arrazoar podem ser aproximadas na interpretação. O teor moral do direito positivo, expressos em princípios ou direitos fundamentais, obrigam, de forma crescente, o ingresso do juiz ao arrazoamento político de suas decisões. Para os dois casos, espera-se do direito a decisão justa, em uma interpretação.

Assim, o caso do direito legislado não é visto aqui como substancialmente diverso do direito comum anglo-americano,³⁰ porque ambos os casos, na perspectiva hermenêutica, podem ser conectados a critérios gerais de solução de casos, conforme convertidos em linguagem. Na primeira hipótese, a do direito legislado, a conexão se dá entre fatos e normatividade geral e a segunda, do *common law*, pela relação entre fatos e precedentes judiciais.

Convém esclarecer que a aproximação aqui feita entre as duas tradições é, por vezes, rejeitada.³¹ Normalmente, nestes casos, enfatizam-se as condições histórico-sociais que levaram o sistema continental europeu a adotar uma perspectiva jurídica mais formal e lógica, voltada para as estruturas tipicamente jurídicas. No que toca à AED, a crescente influência da economia na vida social não levaria a aplicação de critérios econômicos no direito (a) pela falta de preparo de juízes, administradores e advogados; (b) pelas diferenças culturais entre os dois sistemas; (c) pela ordem legal de operar critérios hermenêuticos de forma tradicional na tradição romanística; e (d) ainda pela crescente regulamentação das circunstâncias jurídicas relevantes nas normas gerais. Uma tal posição não se sustenta na perspectiva aqui adotada, porque (a) a falta de preparo de juízes e advogados não é intransponível, ao menos para as instâncias superiores, como se verá mais adiante, nem é tão evidente ou, em outras palavras, a falta de preparo no meio jurídico não

²⁹ Sobre a força dos precedentes e a readequação dos julgados a novas situações esclarece David: “A obrigação de seguir os precedentes pode ser proclamada com vigor, mas, de fato, combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções. O juiz seguramente levará em conta, em sua decisão, decisões judiciais anteriormente tomadas, nunca dirá que algumas dessas decisões (tomadas por jurisdições de nível superior ou simplesmente igual ao da sua) foram mal proferidas. Mas ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução ‘razoável’ que ele requer”. René David, *O direito inglês*, p. 14.

³⁰ “Tratar desses assuntos, ainda que brevemente, não é possível e talvez nem mesmo necessário: embora a história do direito anglo-saxão seja diferente do direito europeu continental, hoje o primeiro regula uma realidade política e econômica muito semelhante à da Europa continental. Os institutos jurídicos dos dois sistemas evoluíram, portanto, por caminhos distintos, na direção de metas semelhantes, o que em certa medida pode dispensar a descrição do conteúdo de cada instituto de ‘Common Law’, num estudo de tipo elementar como o presente.” Mario Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 340.

³¹ José Jamón Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, p. 263 e ss.

se restringe a matérias econômicas nem é exclusivo da tradição romanística; (b) as diferenças culturais têm sido socialmente desprezadas em nome da aldeia global de informação, fenômeno social e tecnológico irreversível; (c) as ordens legais para operar critérios hermenêuticos convencionais e restritos jamais foram obstáculo para soluções jurídicas inusitadas, até mesmo para legitimar, em alguns momentos, sérias ameaças à democracia e à representatividade popular; (d) a regulamentação ou o detalhamento de circunstâncias jurídicas é precisamente um dos campos mais frutíferos para a análise econômica do direito.

Mitigadas as diferenças das duas tradições e visto ser possível relacionar direito e economia em um projeto voltado para consequências sociais das decisões jurídicas, passa-se ao detalhamento da AED, por meio de seus textos mais influentes. É do ingresso nos argumentos da análise econômica do direito que se pode tirar algum proveito na prática jurídica, direção do trabalho.

5.3 Custos de transação e a relevância do direito na conformação do ambiente econômico – Tradicionalmente, economistas tendem a enxergar o direito na perspectiva de um dado ao qual a economia responde.³² Ele é um dos elementos externos à atividade econômica. Neste sentido, o direito não seria essencialmente diferente do conjunto de contingências naturais e sociais que delimitam a atividade econômica, sempre restrita aos espaços natural, jurídico, cultural e político, com eles interagindo.

Esse olhar externo da economia para o direito foi sendo paulatinamente alterado com o desenvolvimento analítico do neoinstitucionalismo econômico, principalmente no que toca aos custos de transação³³ e externalidades.³⁴ A publicação, no

³² Demsetz anota que “economistas usualmente tomam as cestas de direitos de propriedade como um dado e buscam uma explicação para as forças determinantes do preço e do número de unidades de um bem aos quais esses direitos se associam”. No original: “Economists usually take the bundle of property rights as a datum and ask for an explanation of the forces determining the price and the number of units of a good to which these rights attach”. Harold Demsetz, *Toward a theory of property rights*, p. 347. Observe-se que, por suas características singulares de associar a atos concretos consequências boas e desagradáveis para o agente, o direito nunca deixa de ter uma feição de desenho institucional para estimular ou desestimular ações, cf. Christian Kirchner e Andreas Schwartz, in George Enderle et al, *Dicionário de ética econômica*, p. 168-172.

³³ Custos de transação são aqueles associados à reunião e processamento de informações relevantes para a ação econômica por meio de contratos. Os custos de transação refletem-se na negociação e celebração de acordos, na sua administração, nos processos de cobrança e liquidação. Gregory Mankiw, *Introdução à economia: Princípios de micro e macroeconomia*, p. 216.

³⁴ Por externalidade entende-se o efeito não intencional da ação econômica de um agente sobre outros, efeito este não submetido ao mercado e, assim, não precificado. Os custos ou benefícios do efeito não são internalizados por quem os produz. Ademais, só o fato da externalidade demonstra que um agente pode preocupar-se não só com ações próprias em benefício próprio, mas também com ações de outros fora do

início da década de 60 do século passado, do artigo *The problem of social cost*³⁵ por Ronald Coase, é muito significativa sobre essa alteração. O texto apresenta a solução de externalidades negativas³⁶ de forma bastante diferente do que havia proposto Pigou, para quem estas seriam eficientemente resolvidas por intervenção governamental, via instituição de tributo, correspondente a um direito de produzi-la, e que teria o efeito automático de adequar quantidades produzidas, em novo preço de equilíbrio. Em outras palavras, o imposto de Pigou tem efeito semelhante à tributação em geral, reduzindo quantidades de equilíbrio, ao aumentar preços, por transferências ao Estado. Dessa diminuição de quantidade decorreria menor externalidade, pois seus custos seriam internalizados pelo agente que a produz.

Coase altera a formulação pigouviana, para sustentar que, em certas circunstâncias, na ausência ou com baixos de custos de transação, as externalidades negativas são mais eficientemente solucionadas por mecanismos de mercado. Na realidade, o teorema de Coase divide-se em duas partes que devem ser vistas separadamente, as duas envolvendo o papel da regulação jurídica na presença de custos de transação consideráveis ou na irrelevância desses custos. O olhar de Coase para o direito para chegar a essa conclusão merece destaque, pois é elucidativo do escopo da *Law and Economics*. Abaixo seguem os argumentos sobre custos de transação conforme estruturados em artigo anterior de Coase, *A natureza da firma*,³⁷ em que o economista analisa a internalização de operações pela firma, seguido de comentários sobre sua visão do direito no artigo *The problem of social cost*. Nestes dois textos é que aparece a tese essencial de Coase: a melhor (mais eficiente) solução de externalidades negativas independe de uma específica atribuição de direitos de propriedade, pois é resolvida em regime de mercado, sempre que os custos de transação forem suficientemente baixos. O direito se relaciona à formação do ambiente econômico, ao atribuir direitos de propriedade e ao impor certos custos de transação.

mercado. A preocupação do agente nesse caso não é, em princípio, coordenada por preços, pelas leis naturais das transações econômicas, mas delas decorrem diferenças de bem-estar. Hal Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 671-694.

³⁵ Ronald Coase, *The journal of law and economics*, p. 1-44. Não havendo tradução para o português, preferiu-se aqui manter o título original em inglês, pois a expressão custos sociais é ambígua em português, apontando para uma infinidade de coisas distintas.

³⁶ A externalidade negativa é a que impõe decréscimo na conta final do bem-estar. O exemplo clássico de uma externalidade negativa é a poluição. Hal Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 677-682.

³⁷ “The nature of the firm”, no original. Ronald Coase, *Economica*, p. 386-405.

5.3.1 A distinção entre planejamento econômico e ação econômica hierarquizada na firma

– Coase, em *A natureza da firma*, está preocupado em explicar analiticamente por que existem as firmas e o que determina seu tamanho. De forma mais clara, o autor pergunta-se por que existe a firma, que dinâmica faz emergir esse núcleo consciente de ação econômica, num universo de ações inconscientes em mercado, coordenadas pelo preço. Afinal de contas, se a assunção econômica geral é a ação livre do agente sobre seus bens, sobre seu trabalho, coordenada pelo preço, então a sociedade econômica funciona como um organismo, e não como uma organização.³⁸ E, neste caso, se a produção é, numa economia de massa, determinada pela firma, a organização econômica por excelência, então o que de fato diferencia o sistema de mercado e o planejamento? Na firma, as transações de mercado são substituídas pela coordenação do empreendedor. As transações passam de espontâneas em mercado para coordenadas hierarquicamente pelo empreendedor. Nas palavras de Coase, a ideia ganha mais clareza:

[...] o propósito deste artigo é estabelecer uma ponte que ligue o vazio aparente na teoria econômica entre a assunção (feita para alguns propósitos) de que os recursos são alocados pelo mecanismo de preço e a assunção (feita para outros propósitos) de que essa alocação é dependente da coordenação do empreendedor.³⁹

As colocações teóricas mais aceitas sobre a questão, até a publicação do artigo, eram, conforme comentários de Coase, de que a firma nasce da divisão do trabalho, alguns assumindo a coordenação da produção e certos riscos, enquanto outros admitem um trabalho coordenado, sem maiores riscos pessoais. A complexidade da divisão do trabalho estimularia essa especialização de papéis, pela qual a incerteza quanto ao futuro de alguns repassaria a coordenação da atividade econômica a outros, dispostos a assumir o papel.⁴⁰ Naturalmente, daí adviriam formas de remuneração distintas, não sendo esse o problema de Coase, que se centra em sua insuficiência analítica. Propõe então o autor uma definição que seja tanto realista quanto operacional. Seu caminho foi o uso de duas ferramentas desenvolvidas por Marshall, as ideias de margem e de substituição, reunidas em termos de substituição na margem, aplicados à tese de que firmas se formam quando o custo de realizar uma operação em mercado torna-se maior do que o custo de internalizá-la. O tamanho da firma resulta da ideia de margem: a firma manterá a operação internalizada se

³⁸ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, p. 387.

³⁹ No original se lê: “The purpose of this paper is to bridge what appears to be a gap in economic theory between the assumption (made for some purposes) that resources are allocated by means of the price mechanism and the assumption (made for other purposes) that this allocation is dependent on the entrepreneur – co-ordinator”. Idem, *ibidem*, p. 389.

⁴⁰ Idem, p. 398-401.

e até que seu custo marginal de produção na firma seja inferior ao custo de operar a mesma transação adicional em mercado.

A base do raciocínio é o de que operar em um sistema de preços implica certos custos, tanto maiores quanto mais complexas e postergadas no tempo forem as relações contratuais respectivas. Necessariamente, a produção, para ser eficiente, deve investigar preços, estabelecer fluxos seguros de bens e serviços por contratos, que podem se tornar enormemente difíceis de negociar, administrar e forçar o cumprimento, conforme o tempo em que os fluxos tomarão lugar e o tipo de negócio envolvido. Os custos de administrar operações livremente no mercado dependem, assim, de um ambiente que propicie sua redução. Quanto mais altos os custos de operar uma transação em mercado, maiores as chances de que a operação seja internalizada na firma, sob a coordenação do empreendedor. Essa dinâmica, no entanto, poderia ser contínua levando às desvantagens da concentração e do monopólio ou mesmo à alteração total do sistema de liberdade de iniciativa, substituído que ele poderia ser pela coordenação ou planejamento. Isso não ocorre porque há limites na dinâmica que colocam a dimensão da firma.

O tamanho da firma dependerá de quanto se pode poupar com a internalização de custos, em relação à sua realização em mercado. A função empresarial tem limites, na medida em que os custos de seu crescimento aumentam com a diminuição de sua eficiência. O argumento pode ser simplificado.

Uma firma tenderá a expandir-se até que os custos de organizar uma transação extra dentro da firma tornem-se iguais aos custos de efetuar a mesma transação por meio de trocas no mercado ou os custos de organizar a mesma transação em outra firma.⁴¹

E mais adiante Coase especifica que o empresário que centraliza as operações perde eficiência, na medida em que as possibilidades de erros aumentam. Aplicada a análise marginal ao problema da substituição de transações de mercado, pela sua internalização, o problema adquire outra perspectiva, porque reafirma o poder eficiente de mercados competitivos. Eles só não serão eficientes em situações cujos custos para transacionar sejam maiores que os custos de internalizar a operação. Disso resulta uma consequência analítica importante: mercados são em geral mais eficientes na alocação de recursos, previsto que os custos de transação (os custos de operar em mercado pelo mecanismo de preços) permaneçam baixos o suficiente.

⁴¹ O original tem a seguinte redação: “[...] a firm will tend to expand until the costs of carrying out the same transaction by means of an exchange on the open market or the costs of organizing in another firm”. Ronald Coase, *The nature of the firm*, p. 395.

Há então uma clara relação com o direito, representativo da maior parte dos custos associados à transação. Essa relação não é simplesmente de complementaridade entre direito e economia relativamente a falhas, mas de custos provocados pelo direito na atividade econômica, com potenciais perdas de eficiência. O argumento não está explicitamente voltado para a relação direito e economia, mas tem uma implicação bastante clara nesse sentido, dado que ao direito se podem associar custos de transação, pela via de necessidade de contratos, negociações e adjudicação do direito.

Essa pesquisa acompanhará Coase, até que em 1960 outro artigo seu aplicará a análise econômica na solução jurídica do problema das externalidades negativas, tendo em mente os custos de transação.

5.3.2 O teorema de Coase: custos de transação e solução de externalidades – Em *The problem of social cost*, Coase argumenta, fundamentalmente, que, na inexistência ou existência de custos baixos de transação, externalidades negativas seriam mais eficientemente resolvidas por meio de transações de mercado, coordenadas pelo preço, a despeito dos direitos de propriedade. Tais transações atribuiriam direitos de produzi-las ou de evitá-las àqueles que lhe dão maior ou menor valor, conforme pudessem então ser percebidas já pelo sistema de preços, dado objetivo fundamental que baliza a racionalidade econômica. Os próprios atores envolvidos na produção de externalidades e os que suportam seus efeitos dão os valores mais precisos às externalidades, tanto para produzi-las quanto para evitá-las, porque, fundamentalmente, pela teoria da escolha, são os únicos que adequadamente as podem enquadrar nos modelos antes comentados.

Coase, com sua proposição, altera a formulação de Pigou, para quem a externalidade só poderia ser convenientemente resolvida a partir da regulação pública, na medida em que um tributo fosse instituído para reduzir o mercado e, consequentemente, o nível de produção da externalidade. Coase não afirma que o direito seja dispensável para a solução dos problemas associados às externalidades, mas somente que estes seriam necessários, na presença de custos de transação mais altos. Se, por exemplo, uma indústria poluidora tem condições de negociar e adquirir toda a área adjacente à sua instalação, que sofre de forma mais imediata as consequências negativas não precificadas de suas operações, então a atribuição de responsabilidades pelo direito será economicamente irrelevante, pois, com barganhas, a externalidade será mais eficientemente resolvida, sem alterar negativamente o bem-estar social.

Os argumentos de Coase são bastante complexos e não têm sido convenientemente explorados. Nem se tem uma leitura completamente clara de seus postulados. De qualquer modo, por sua importância na especificação da análise econômica do direito, não é demais seguir alguns dos passos mais importantes da argumentação desenvolvida pelo autor.

Em primeiro lugar é necessário delimitar o objeto de predicação. Como já afirmado, o autor fala em solução de externalidades negativas. Elas se referem às consequências não intencionais dos agentes sobre terceiros. Se não intencionais, elas são uma espécie de efeito colateral da atividade econômica, e por isso não têm preço de mercado. Uma pesquisa para um componente ativo destinado a um medicamento pode produzir um conhecimento de engenharia industrial, sobre produção de componentes químicos em geral, sem possibilidades de registro da propriedade industrial. A ação econômica produziu aí uma externalidade positiva, pois aumenta a conta final de bem-estar, ao patrocinar, por exemplo, uma produção de componentes químicos mais barata. Se a ação tiver efeitos negativos sobre terceiros, fazendo decrescer a conta de bem-estar, a externalidade será negativa, como o já mencionado exemplo da poluição. Um industrial não está interessado em poluir, mas na produção que lhe dá retorno econômico, entendido como a receita marginal que lhe cobre os custos marginais. É na diferença positiva entre os custos e a receita marginais que está o estímulo para a ação racional do agente, porque é nessa diferença que reside o maior bem-estar pela satisfação de seu autointeresse. Entretanto, de sua atividade resultam produtos que não estão em mercado e, portanto, não podem ser consumidos ou medidos por preços. O mercado falha, pois há um produto (ainda que não intencional) de ação racional que não pode ser resolvido pelas leis automáticas do mercado, deixando de ser avaliado pelos modelos econômicos básicos. O problema mais significativo da externalidade negativa é que seu produtor não assume seus custos pelas leis naturais do mercado, o que leva aqueles que sofrem seus efeitos a preocupar-se com uma ação que não tem solução pelos sinais exógenos de mercado. Não há quem queira comprar a poluição gerada, embora seus efeitos sejam sentidos economicamente. A solução destas externalidades é o assunto de Coase no artigo aqui comentado.

O conceito central que move o autor é o de que externalidades têm natureza recíproca: economicamente, não se trata de responsabilizar quem a provoca, mas de reconhecer quem tem o direito de causá-la e quem tem o direito de impedi-la, em função

do bem-estar social provocado pela atividade, e não em função de algum critério deontológico que simplesmente proíba a poluição. A natureza do problema é recíproca, porque evitar o comportamento prejudica quem o pratica, e que com a prática gera bem-estar. Manter o comportamento prejudica quem sofre as consequências da ação e afeta também a conta final de bem-estar. Sendo A quem pratica o ato e B o interessado no comportamento de A, por diminuir seu bem-estar, Coase assevera que “estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Para evitar o dano a B seria impor um dano a A. A verdadeira questão que deve ser decidida é se A deveria ser autorizado a causar um dano a B ou B autorizado a causar um dano a A”.⁴² Há aí uma assunção clara de que o bem-estar é a função econômica que finalisticamente o direito deve atender, como ambiente de produção.

Coase segue, da reciprocidade, nas seções III e IV do artigo, para a comparação entre duas situações: a solução da externalidade pelo mecanismo de preços (mercado) com imputação de responsabilidade por danos (seção III) e a solução da externalidade pelo mecanismo de preços (mercado) sem imputação de responsabilidade por danos (seção IV), sempre em regime de competição perfeita. O argumento desenvolve-se pelo uso de um exemplo: um pecuarista e um agricultor com propriedades adjacentes. O gado do pecuarista (A) prejudica as plantações do agricultor (B).

Em sistema de competição perfeita, com responsabilidade imputada a quem pratica o ato (seção III), o problema seria resolvido de maneira plenamente satisfatória por negociações entre as partes, com indenizações de A a B, pelas plantações destruídas. As barganhas existiriam no espaço econômico da diferença entre os custos marginais em indenizações incorridos por A, provocados pelo acréscimo de cabeça de gado adicional ao seu rebanho, e a receita marginal obtida por A decorrente deste acréscimo. Neste caso, o limite do espaço para as barganhas seria aquele relativo ao custo de evitar o dano (cercar a propriedade). Considerando-se que na presença de vantagens para A, pela prática do ato do qual decorrem danos a B, e considerada a natureza recíproca do problema, então haveria espaço para negociações, levando em conta que A deveria pagar por todos os danos causados a B por responsabilidade civil (responsabilização jurídica). Na hipótese, o direito responsabiliza o pecuarista pelos danos causados ao agricultor, mas sempre haverá espaço para uma negociação, pela qual a responsabilização pode ser afastada por acordos, se a

⁴² O texto de origem é: “We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would be to inflict harm on A. The real question that has to be decided is, Should A be allowed to harm B or should B to harm A?”. Ronald Coase, *The problem of social cost*, p. 2.

receita marginal do pecuarista com o dano for maior do que o prejuízo causado ao agricultor. Os exemplos matemáticos do texto são de que, se o prejuízo do agricultor é menor do que o custo de evitar os danos e a receita do pecuarista com os danos é maior do que o prejuízo do agricultor, então, no caso, as partes tenderão racionalmente ao acordo. Nessa hipótese, o bem-estar geral estaria preservado pela precificação direta dos envolvidos. Essas possibilidades existem pelos baixos custos de transação envolvidos, relativos às negociações entre as duas partes e preços dos bens uniformes. Convém observar que o argumento de Coase não pretende analisar se o agricultor deveria ou não aceitar um acordo por valores possivelmente menores do que o prejuízo total sofrido, mas que estes prejuízos podem ser todos cobertos pelos ganhos superiores do pecuarista. O argumento indica, na verdade, que o funcionamento perfeito e sem custos do sistema de preços forma o ambiente adequado para que a responsabilização tenha pouca relevância. Ela só direciona quem paga para quem, mas não impactaria a conta de bem-estar.

Mas e na suposição em que não há responsabilidade definida pelo dano causado (seção IV)? Em sistema de competição perfeita, sem responsabilidade pelo dano causado, o bem-estar seria também preservado de forma análoga à parte III do texto:

É necessário saber se o negócio que provoca os danos é responsável ou não pelo dano causado, uma vez que sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos pode não haver nenhuma transação de mercado para transferir e recombinar tais direitos. Mas o melhor resultado (que maximiza o valor da produção) independe da posição legal, se o sistema de preços é assumido em funcionamento sem custos.⁴³

Por que as situações seriam iguais do ponto de vista coletivo (ou da produção do bem-estar)? Por que o mercado responderia mais eficientemente que o sistema jurídico (mais eficientemente que a imposição de um tributo para qualquer caso)? Porque, de forma análoga ao caso em que o direito responsabiliza o causador dos danos, se o direito não o responsabilizar, então o agricultor compraria os direitos do pecuarista em produzi-los. Mais uma vez, o bem-estar estaria preservado, pois as partes estariam dispostas a precificar seus próprios interesses. Considerando-se que sempre o indivíduo é quem melhor define a real satisfação de seus interesses, por princípio, o maior bem-estar seria atingido. O argumento parece um contrassenso e por isso merece maior detalhamento.

⁴³ O período está assim no texto em inglês: “It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused, since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost”. Ronald Coase, *The problem of social cost*, p. 8.

Observe-se que a ausência de responsabilização não é uma proposta normativa de Coase, ela só tem função analítica.

Em primeiro lugar entenda-se melhor o exemplo, do pecuarista (A) e do agricultor (B) na circunstância de uma regra que responsabiliza A pelo dano causado por seu gado a B. Como sustentado, haverá espaço para negociações, sempre que a receita marginal (correspondente à adição de uma cabeça ao rebanho) de A for maior que os custos marginais respectivos, de indenização a B, exigidos pela regra jurídica, e previsto que os custos que A incorreria para evitar o dano (cercar a propriedade, por exemplo) seriam ainda mais dispendiosos.

Exemplificando o argumento, com valores diferentes daqueles constantes do texto original: (a) supondo que A aumente seu rebanho em três cabeças e que, por cabeça adicional, a receita líquida de A é de \$3 e que (b) o dano causado a B pelas três cabeças adicionais é de \$5, correspondentes à perda de receita líquida de B com a plantação que o gado de A destruiu e (c) que o menor custo para A evitar a externalidade – cercar a terra, por exemplo – é de \$10, então segue-se, pelo texto, que o espaço para negociação está entre a receita marginal total de A (\$9 como receita líquida total com as três cabeças) subtraída do prejuízo de \$5 de B (receita líquida que B obteria com a venda das plantações que o gado de A destruiu). Qualquer arranjo que signifique pagamento de A para B menor do que \$9 e maior do que \$5 será adequado para ambos e a solução será automaticamente a que provoca o mais alto bem-estar social, pois patrocina a maior produção dos dois bens combinados aos menores custos possíveis.

Se o caso, por hipótese, for o de que o sistema não prevê responsabilidade para quem causa o dano (parte IV do texto), então quem sofre as consequências deve adquirir o direito de quem as causa. Aí o exemplo acima funcionaria de forma reversa, com pagamentos de B para que A parasse de provocar os danos.

Coase não propõe, logicamente, que o direito não deveria atribuir nenhuma responsabilidade, mas que, do ponto de vista econômico, assumida a premissa de criação do maior saldo de bem-estar social líquido, e, na ausência de custos de transação, as negociações privadas encontrariam o ponto ótimo, automaticamente. Isso não é só um exemplo hipotético, porque o autor analisa casos concretos de externalidades negativas entre vizinhos, todos indicando que as decisões judiciais dadas preocupam-se não com o valor econômico subjacente, mas com a correta atribuição de responsabilidade. A preocupação jurídica de operar o problema dentro de seus próprios conceitos internos, sem

levar em conta as consequências econômicas, não é certa ou errada, mas determina escolhas que têm efeitos econômicos, baseadas em critérios jurídicos. Elas delimitam os fluxos de pagamentos ou quem paga para quem. Se o direito fizer isso de forma correta (eficiente), então as transações de mercado atingiriam o ótimo.

Mas deve ser lembrado que a questão imediata enfrentada pelas Cortes de Justiça não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito de fazer o quê. É sempre possível modificar a atribuição inicial de direitos por transações de mercado. E, naturalmente, se tais transações de mercado forem sem custos, este rearranjo de direitos sempre ocorrerá se elas levarem ao aumento do valor da produção.⁴⁴

Se os custos de transação forem tomados em consideração, então a solução encontrada por negociações privadas podem não ser alcançadas. Isso ocorreria, por exemplo, sempre que houvesse um número muito grande de partes envolvidas. A hipótese exigiria negociações sempre mais complexas do que uma delimitação legal. A solução de externalidades negativas não tem, portanto, uma resposta unívoca, porque depende das circunstâncias específicas relevantes. Na presença de custos consideráveis de transação, a intervenção jurídica pode ser o único meio eficiente de resolver os efeitos negativos de um comportamento sobre o bem-estar.

Uma solução alternativa é a regulamentação governamental direta. No lugar de instituir um sistema de direitos que pode ser modificado por transações em mercado, o governo pode impor regulação obrigatória, que declare o que as pessoas precisam e o que elas não precisam fazer.⁴⁵

A partir dessas constatações, Coase propõe que decisões judiciais levem em conta as consequências econômicas. As consequências seriam vistas na comparação entre a utilidade gerada pela atividade econômica que causa a externalidade e o dano, em termos de bem-estar, sobre os que com ela sofrem. Ao assim fazer, a atribuição obrigatória de direitos constante da decisão levaria em conta um importante aspecto da vida social, o da criação de bem-estar. As determinações jurídicas devem analisar os efeitos negativos de uma certa atividade sobre terceiros também em função da normatividade econômica, de

⁴⁴ Tradução livre de: “But it has to be remembered that the immediate question faced by the courts is not what shall be done by whom but who has the legal right do what. It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production”. Ronald Coase, *The problem of social cost*, p. 15.

⁴⁵ No original: “An alternative solution is direct governmental regulation. Instead of instituting a legal system of rights which can be modified by transactions on the market, the government may impose regulations which state what people must or must not do and which have to be obeyed”. *Idem*, *ibidem*, p. 17.

modo a evitar intervenções jurídicas no campo econômico com perdas de eficiência ou intervenções jurídicas ineficientes para solver disputas.⁴⁶

Os problemas econômicos das decisões judiciais e da atribuição de direitos ficam mais claros quando Coase, na parte VIII do texto, compara suas proposições com a formulação de Pigou, para quem as externalidades negativas, concretamente um exemplo de falha dos mecanismos automáticos de mercado, deveriam ser resolvidas por intervenção jurídica, para que os custos impostos a terceiros sejam internalizados por quem os causa, evitando que os mesmos sejam distribuídos entre a sociedade. Essa forma genérica serviria para preservar o bem-estar geral. Coase não discorda do diagnóstico, mas da solução pigouviana, de intervenção social em qualquer caso, analisando precisamente o exemplo de Pigou: de que as companhias ferroviárias deveriam indenizar sempre danos causados por incêndios às plantações adjacentes à estrada, incêndios esses originados de faíscas lançadas por trens em movimento. A análise de Coase, como a de Pigou, é marginal ou relativa ao acréscimo resultante da produção de uma unidade adicional, no caso, de uma viagem a mais de trem. Os argumentos de Pigou baseiam-se na constatação de que, se o preço da indenização foi internalizado, então a produção de uma unidade a mais só ocorrerá se este custo for compensado pela receita marginal. Coase discorda de Pigou quanto à responsabilização em todo e qualquer caso: “a conclusão de que é desejável que a companhia ferroviária seja responsável pelo dano que causar é errada”,⁴⁷ porque levaria à supressão de seus serviços ou de parte dela, sem medir as possíveis implicações negativas sobre a produção social total.

Para Coase, a questão deve ser vista na perspectiva dos incentivos dados aos proprietários vizinhos à estrada legalmente responsável. As plantações adjacentes aumentariam na responsabilização jurídica da companhia ferroviária, porque os agricultores seriam indiferentes onde plantar, dado que teriam receitas pelas plantações no mercado ou via indenizações. Assumindo no texto exemplos aritméticos, a consequência é de que os danos causados por viagens adicionais seriam diretamente proporcionais ao acréscimo destas viagens. Tendo em mente agricultores indiferentes em caso de responsabilização do causador do dano, eles plantariam nas imediações da estrada ou, dito de outra forma, eles não teriam a precaução de não plantar em áreas com probabilidade de incêndio por faíscas lançadas pelos trens. Do descuido decorreria acréscimo de prejuízos

⁴⁶ Ronald Coase, *The problem of social cost*, p. 27-28.

⁴⁷ “The conclusion that it would be desirable that the railway should be liable for the damage it causes is wrong.” *Idem*, *ibidem*, p. 32.

causados, diminuição das viagens de trem e aumento de preços, porque o custo marginal da viagem seria internalizado só pela companhia ferroviária. Este custo seria repassado aos preços, até que os custos totais aumentassem e as viagens diminuíssem, impondo aos usuários das viagens custos que poderiam ser evitados pelos agricultores, se eles fossem mais cuidadosos. No exemplo aritmético do texto, com responsabilidade à companhia e agricultores negligentes, decorrendo aumento dos prejuízos, as viagens seriam inviáveis economicamente sempre que os danos consumissem as receitas com as viagens adicionais. Considerada a ausência de cuidado dos plantadores, a regra de responsabilização poderia inviabilizar a exploração do serviço de transporte ou aumentar-lhe os preços, com sequelas para o produto social total, pois haveria diminuição da possibilidade inclusiva do mercado (pelo excedente do consumidor).

Este é o aspecto fundamental para entender o teorema de Coase, porque nele é que se vê de forma plena a natureza recíproca das externalidades. O autor não quer instituir a irresponsabilidade, mas somente afirmar que todas as atividades são, no fundo, interdependentes e todas têm influência na conta final do bem-estar. Por isso, direito e economia são inter-referentes, na medida em que proporcionam o melhor ambiente para a adequada desenvoltura das atividades econômicas.

A solução das externalidades não admite uma resposta econômica, em termos de sempre responsabilizar ou sempre isentar o causador do dano pelos prejuízos. A questão deve ser sempre vista nas alterações de produto social que as diferentes atribuições podem causar. A responsabilização, se ela “é ou não desejável, depende de circunstâncias particulares”.⁴⁸ A solução das externalidades pode não ser aquela geral apontada por Pigou, de responsabilização, em qualquer caso, do proprietário dos fatores, cujo uso causou o dano.

Na tradição que segue Pigou, a responsabilização parece ter a necessidade de não ver a reciprocidade do problema pela proposta de taxar o causador do dano. Entretanto, em Coase, esta é só uma entre as muitas possibilidades. As externalidades negativas podem ser evitadas por negociações privadas, quando os custos de transação forem suficientemente baixos, por medidas de precaução ou, ainda pela intervenção do Estado. A correta medida é determinada somente pela análise das circunstâncias relevantes, tendo em mente a criação do maior produto social ou do maior bem-estar. O direito tem aí um papel fundamental, pois interfere na dotação inicial das partes, por

⁴⁸ “Whether it is desirable or not depends on the particular circumstances.” Ronald Coase, *The problem of social cost*, p. 34.

direitos de propriedade, que terão consequências nas barganhas e no resultado final. O direito de propriedade aqui não é a relação do sujeito com alguma coisa, que exclui, em princípio, seu uso por outros sujeitos, mas a propriedade sobre resultados de ações. Alternativamente, pode-se falar em propriedade de evitá-los. No caso da poluição, por exemplo, o direito delimita a propriedade do poluidor em poluir ou aquela dos que sofrem seus efeitos em ter ambiente saudável. Dessa abordagem surgem inclusive os direitos de propriedade de poluir, adquiridos em mercados de carbono. A abordagem inspira soluções de mercado para as externalidades. Ela não as afirma como sempre as mais eficientes, mas gera a possibilidade de trocas, quando antes elas não eram concebíveis.

Em outras palavras e simplificando a proposição, a solução da externalidade negativa só depende da atribuição de direitos na presença de custos consideráveis de transação, que proibiriam a barganha. Não é que seja juridicamente irrelevante a atribuição de responsabilidade, mas que economicamente o é, dado que, neste caso, o importante é a geração do maior bem-estar social. Se for assumido em uma circunstância que a atividade produtora da externalidade negativa causa mais bem-estar do que os custos impostos à sociedade pela produção, segue-se que a solução das externalidades por barganhas entre as partes atinge necessariamente o melhor equilíbrio e o melhor ponto de criação de bem-estar, na inexistência de custos de transação. Isso ocorre de forma automática, porque as barganhas precificarão, para cada envolvido, diretamente, o valor que a causadora dá ao direito (por exemplo, de poluir) e o valor que aqueles que sofrem as consequências da atividade atribuem à ausência da atividade (por exemplo, o valor que estão dispostos a pagar para se livrarem da poluição). No tocante à criação do bem-estar, a solução encontrada pelas partes envolvidas é necessariamente a melhor, porque as contas de bem-estar são feitas pelos preços relativos que cada uma dá ao direito de produzir a externalidade e ao direito de não conviver com ela. Isso, para Coase, é melhor do que impedir a atividade ou ainda de coibi-la pela intervenção jurídica via imposição de um tributo, para todo e qualquer caso. Na realidade, os problemas decorrentes da externalidade seriam mais eficientemente resolvidos por negociações privadas, coordenadas pelo preço, sempre que essas negociações forem possíveis, possibilidade definida por baixos custos de transação.

5.4 Apropriações dos argumentos de Coase pelo direito – Natural que a formulação de Coase tivesse extensas consequências no direito. Afinal de contas, ele afirmou uma ligação

necessária entre as leis naturais de mercado, leis verificadas e observadas como fato social, e a influência e o papel das normas jurídicas, individual ou abstratamente consideradas, sobre os mesmos fatos sociais, ao conformar o ambiente em que ocorrem. Guido Calabresi, em estudos sobre responsabilidade civil,⁴⁹ estrutura argumentos jurídicos a partir de premissas parecidas com as usadas por Coase. As apropriações explicam o direito como ambiente em que a atividade econômica se desenvolve. O direito fica internalizado na economia.

Disso resultaram inúmeras apropriações no direito em diversos campos e sentidos. Elas se dirigem a áreas jurídicas em geral,⁵⁰ como o direito constitucional, eleitoral, propriedade, responsabilidade civil, família, sucessões, contratos e obrigações, processo, direito administrativo, direito penal, concorrência e regulação, finanças e o sistema de crédito, direito comercial, tributação. Todas essas vertentes da *Law and Economics* reúnem-se sob algumas áreas temáticas econômicas, como o estudo de instituições e sua história, direito comparado, comportamento estratégico, racionalidade limitada, incerteza, *public choice*, regulação, teoria dos jogos e sociologia jurídica, sem contar com os problemas muito frequentes das normas e valores econômicos em confronto com as normas e valores jurídicos. Os temas econômicos dependem, em geral, das opções que o pesquisador faz em teoria econômica. Um autor neoinstitucionalista preferirá o estudo do direito como ambiente institucional ao qual se aplicam métodos microeconômicos neoclássicos e daí terá preocupações com a história das instituições jurídicas e sua influência na interação social.

No entanto, o estudo econômico depende de enfoque. Não há uma verdade subjacente ao método microeconômico neoclássico que torne sem efeito qualquer dúvida sobre significado. Os enfoques vão desde as alterações na racionalidade individual até problemas de informação, passando pela maior ou menor ênfase que o ambiente e o conjunto de elementos endógenos ao sujeito são tidos como importantes para a escolha. Por exemplo, uma visão mais focada na preocupação da escola austríaca e seguidores,

⁴⁹ A tese de Calabresi pode ser resumida em que o sistema de responsabilidade civil deve induzir o cuidado e não simplesmente indenizar a vítima. Por isso, o valor da indenização deve ser de tal forma que o agente prefira adotá-la. Em outras palavras, o agente utilizará sempre as prevenções necessárias, para evitar o acidente, até o montante do custo do dano (indenização). O autor chega à indenização adequada por meio de escolha, utilidade e curvas de indiferença. Guido Calabresi, *Property rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, p. 1089-1128.

⁵⁰ Tanto a sistematização do direito nesses tópicos quanto os fins aos quais a pesquisa jurídica deve atender podem ser observados em Richard A. Posner, *Economic analysis of law*; Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*; Nicholas L. Georgakopoulos, *Principles and methods of law and economics*; Cooter and Ulen, *Law and economics*; e Vasco Rodrigues, *Análise econômica do direito*.

sobre o mercado como revelador de informações, poderá pensar na análise do direito como simulador do mercado, e daí se voltar para a racionalidade limitada, a incerteza, a teoria dos jogos. Assim, não há na AED um único método nem um único foco. A pesquisa é uma miríade de textos aparentemente desconexos e sem um ponto definido de saída. Todas essas direções, no entanto, poderiam ser reunidas pelos métodos descritos no capítulo antecedente, conforme modelos econômicos.

Há duas vertentes econômicas diversas (entre muitas outras) que falam sobre a aplicabilidade dos modelos, ambas vinculadas ao neoinstitucionalismo: a restritiva por contextos e a universalizante. Esta última está vinculada ao uso irrestrito da metodologia neoclássica, que toma como fundamento normativo universal os pressupostos do classicismo. O neoinstitucionalismo restritivo, de outra parte, como se observou do discurso de Coase, pensa mais nas variantes que conformam o espaço de desenvolvimento das atividades econômicas. É a partir das variantes institucionais e de como as atividades respondem a elas que se pensa o problema da produção e troca do bem-estar, sem uma preocupação com a universalização dos pressupostos. O uso restrito do método econômico vincula-se à concepção de que modelos têm um contexto significativo, fora do qual eles nada dizem. A restrição pensa seus problemas em contextos significativos para o modelo, com tônica mais indutiva. A observação de comportamentos reais tem mais significado do que deduções lógicas de premissas universais. O neoinstitucionalismo aqui denominado restrito não rejeita as suposições clássicas, nem os modelos racionais calculativos do agente autointeressado, ele só deve manter-se atrelado aos universos significativos. Tal pensamento somente pressupõe que não há sentido em universalizar estes pontos como verdade. Suas pretensões são assumidamente mais contidas.

Aqui parte-se da ideia de que a análise econômica do direito foi, no início, um projeto neoinstitucionalista restrito a contextos, não só pela enorme influência que obteve *The problem of social cost*, de Coase, mas pelos desenvolvimentos críticos de Guido Calabresi. Uma alternativa universalizante foi a de *Economic Analysis of Law*, de Richard A. Posner. Convém analisar as duas posturas separadamente.

5.4.1 A tese neoinstitucionalista sobre o direito: os efeitos econômicos da regulação jurídica sobre os custos de transação – Calabresi é o autor mais claro sobre a inclusão de métodos econômicos no direito, ao menos no início. Ele publica quase simultaneamente com Coase, em março de 1961, o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law*

of Torts.⁵¹ Nela, Calabresi sistematiza um tipo de aplicação do método econômico no universo jurídico, preocupando-se em dar significado aos termos *risk distribution*, normalmente o ponto de partida para imputação de indenizações em casos de atos danosos praticados por empresas na exploração de atividade econômica. A expressão poderia significar que o risco é social (inclusive intertemporalmente) ou é de quem pode por ele pagar ou ainda é de quem praticou a ação que causou o dano, mesmo que essa última solução não seja compatível com as duas anteriores. A questão jurídica é sobre a aplicação de regras de responsabilidade civil, nas hipóteses em que o dano causado tem relação direta com o produto social. Dito de outro modo, o empreendedor é sempre responsável pelos danos que causar em termos de culpa assumindo que seu produto tem benefícios sociais? A solução encontrada é que as três ideias podem ser corretas e aplicáveis, mas dependentes de argumentação econômica, porque a solução jurídica teria reflexos sobre a alocação de recursos. As soluções neste primeiro artigo não são definitivas, pois se tratava mais de falar sobre reflexos econômicos nas opções jurídicas para solucionar problemas de externalidade. As soluções jurídicas, mesmo sem consciência do fato, teriam repercussão econômica, pois afetariam a produção do bem-estar social.

Em artigos posteriores,⁵² Calabresi especifica melhor a tese de que o risco deve ser suportado em termos marginalistas por quem lhe dá causa, até o limite dos custos de prevenir o acidente. A questão extrapola a propriedade e a ideia de culpa e dirige-se para um critério econômico de melhor solução social, pois, se o custo marginal de evitar o dano for superior à indenização, então isso significa que os custos excedentes aos danos não devem ser incorridos. Eles podem ser alocados mais eficientemente em outra atividade. Portanto, o dever de cuidado vai até o ponto em que seu custo for compatível com a indenização. Assumido o agregado social, a propriedade só é critério válido para imputação de responsabilidade se os custos de transação forem baixos o suficiente para que as partes adquiram a permissão prévia (por pagamentos) de causar um dano eventual.

Se se tratar de uma obrigação social de dar às vítimas títulos de propriedade de não sofrerem danos acidentalmente, a mesma sociedade deveria solicitar a todos os que se engajarem em atividades potencialmente danosas a terceiros a negociar com as possíveis vítimas antes da ocorrência do acidente e a comprar o

⁵¹ Guido Calabresi, *The Yale Law Journal*, p. 499-553.

⁵² Principalmente em Guido Calabresi, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, p. 1089-1128.

direito de danificar um braço ou uma perna. Essas negociações antes do acidente seriam extremamente caras e freqüentemente proibitivas.⁵³

Se os custos de transação forem consideráveis, então a regra deve ser de responsabilidade, por indenizações que a sociedade julgar convenientes e não sobre o direito de propriedade da vítima. O julgamento sobre a existência da responsabilidade é dependente do valor dos custos relativos marginais de evitar o dano e do valor da indenização.⁵⁴

Nos dois artigos, Calabresi especifica o método do *Law and Economics* pela aplicação de modelos para explicar o fenômeno jurídico. Ele jamais pretendeu que esses modelos transmitissem univocidade científica à interpretação. A preocupação mais fundamental é a de descrever o ambiente econômico relevante na análise jurídica – e, portanto, a forma institucional de ver tanto a economia como o direito –, preocupação que aparece em trabalhos posteriores de forma clara.

Minha tese pode ser resumida de forma muito simples. Custos de transação (incluindo problemas de racionalidade e informação), não menos do que tecnologias existentes, definem o que é alcançável em uma sociedade dada – a fronteira de Pareto. Segue-se que qualquer sociedade está ou chegará ao ponto ótimo de Pareto, *dados* os custos de transação. Portanto, nenhuma alteração do *status quo* é possível sem (a) tornar a posição de pelo menos uma pessoa pior (uma vez que considerações distributivas são inevitáveis) ou (b) tentando alterar a fronteira para fora em relação ao atual limite (em si um processo arriscado e custoso, que gera, com freqüência, seqüelas distributivas. Também segue-se que a distinção freqüente entre remover ineficiências (fazendo movimentos *em direção* à fronteira) e inovar (empurrando a fronteira *para fora* de seu limite atual) é uma dicotomia falsa⁵⁵ (grifos originais).

⁵³ No original: “If we are to give the victims a property entitlement not to be accidentally injured we would have to require all who engage in activities that may injure individuals to negotiate with them before an accident, and to buy the right to knock off an arm or a leg. Such pre-accident negotiations would be extremely expensive, often prohibitively so”. Guido Calabresi, *idem*, p. 1108-1109.

⁵⁴ Essa forma posta por Calabresi de enfrentar as questões sobre responsabilidade a partir da atividade econômica, aplicando-se a teoria marginalista e o confronto com o direito de propriedade, tendo por referência normativa o bem-estar e a eficiência econômica, tornou-se tradição no âmbito da *Law and Economics*. Cf. Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 178 e ss. (o critério para julgamento do dever de cuidado é exposto como uma interpretação “as if”, p. 190-191) e Vasco Rodrigues, *Análise econômica do direito*, p. 87-89.

⁵⁵ No original: “My thesis can be summarized very simply. Transactions costs (including problems of rationality and knowledge), no less than existing technology, define what is currently achievable in any society – the Pareto frontier. It follows that any given society is always or will immediately arrive at a Pareto optimal point *given* transactions costs. Therefore no moves from the status quo are possible without either: (a) disadvantaging at least someone (hence making distributional considerations is unavoidable) or (b) trying to shift the frontier outward (itself a chancy and costly process that usually entails distributional consequences). It also follows that the frequently made distinction between removing inefficiencies (making moves to the frontier) and innovating (pushing the frontier outward) is a false dichotomy”. Guido Calabresi, *The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further*, *Yale Law Journal*, p. 1212 (grifos originais).

Ao ocupar-se dos custos de transação, como Coase os expôs desde a publicação do *The nature of the firm*, Calabresi afirma que o critério paretiano de eficiência é um dado quase intuitivo. Entretanto, o critério não leva em conta que há possibilidades de alteração econômica para melhor, indo para fora dos limites dados ou melhorando a tecnologia, a informação, as organizações,⁵⁶ não para que elas produzam mais com o mesmo, mas para que elas produzam mais de maneira diferente. Nesse sentido, a otimalidade paretiana é um critério racional limitado. Calabresi recorre explicitamente ao neoinstitucionalismo de Williamson⁵⁷ para fundamentar seu ponto de vista de que a otimalidade paretiana é um critério inicial que terá que considerar a redistribuição em algum ponto, e que essas considerações interdependentes dependem de uma nova taxionomia.⁵⁸ Calabresi portanto segue a orientação contida do neoinstitucionalismo, ao invocar que as considerações econômicas (mesmo as restritas formas da economia do bem-estar) interagem com o ambiente social em geral e com o direito em particular. Sua via não é estruturar um método científico, preciso e universal para o direito, mas construir condições de entendimento recíprocas entre direito e economia. Afirmar que Calabresi queria impor verdade econômica ao direito de forma hierarquizada é um equívoco.

Nessa síntese de Calabresi, procurou-se colocar as influências do neoinstitucionalismo chamado nesta seção de restritivo, no início da análise econômica do direito. A análise econômica, nestes momentos mais fundamentais, parece estar preocupada em fornecer alguns critérios constitutivos de argumentos consequenciais que o jurista deveria considerar e que estavam fora de seus campos convencionais de conhecimento. A AED procurou então trazer à existência argumentos que não tinham condições de compreensão anterior e que se referiam ao ambiente econômico que o direito promovia.

Mas essa postura não permaneceu intocada por muito tempo. Já no início dos anos 1970, com a publicação de *The Economic Analysis of Law*, de Richard A. Posner, as tendências universalizantes e hiper-racionalistas neoclássicas tomaram grandes campos na nova linha de pesquisa que se iniciara pouco antes.

5.4.2 Do direito de propriedade a qualquer direito: a expansão da análise econômica do direito – Os valores preponderantes na intersecção do direito e da economia são os da

⁵⁶ Guido Calabresi, *The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further*, *Yale Law Journal*, p. 1232-1234.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 1236-1237.

⁵⁸ Idem, p. 1229 e ss.

eficiência e da criação do maior bem-estar, como se viu concretamente no capítulo antecedente. Os dois pontos normativos remetem aos postulados clássicos da economia liberal, conforme apropriados por várias correntes em economia, mas que foram expostos na AED, primeiro por proposições do neoinstitucionalismo econômico restritivo, aplicando modelos neoclássicos a situações sociais não tradicionalmente ligados à economia, mas ainda assim a ela ligada em significado. A análise econômica do direito desenvolve-se, qualquer que seja a corrente ou preocupação econômica adotada, do neoinstitucionalismo mais contido ao neoclassicismo universalizante, para aplicar aqueles mesmos métodos a qualquer situação, inclusive sem qualquer liame com a economia. O uso universalizante será aqui discutido.

A universalização do método econômico no direito ocorreu com base na expansão do conceito de propriedade transferível, fazendo preponderar um dos aspectos do neoinstitucionalismo contido: as negociações privadas. Nesse sentido, propriedade, contratos e responsabilidade civil adquirem enorme influência para uma abordagem universalizante do método econômico no direito, que parte sempre de direitos de propriedade, mas de forma uma tanto diferente.

A propriedade transmuta-se. Ela não significa mais só direitos reais em sentido estrito, como também quaisquer atribuições de direitos em geral a titulares certos, que as podem transferir por contratos. Este tipo de concepção tornou-se prevalente, pois associar qualquer situação jurídica a direito de propriedade transferível significa poder adequar a mesma situação aos modelos. Ao simplificar a enormidade de questões jurídicas subjacentes aos argumentos, pode-se ligar direitos a preços de forma quase intuitiva.

Entretanto, a acepção mais ampliada de propriedade tem repercussões jurídicas específicas, pois altera definições jurídicas cristalizadas pela tradição. São questionáveis os efeitos jurídicos da propriedade como a enxergam os autores da AED. Por exemplo, o que significa afirmar que os moradores próximos a uma indústria poluente têm direito de propriedade transferível ao ar limpo e que a indústria tem direito de propriedade transferível de poluir? O direito, pela deontologia, não vê as atribuições jurídicas desta forma, só em termos de transferência, mas fundamentalmente como classes de proibido, permitido e obrigatório em razão de certos fins, econômicos e não econômicos. Para evitar essa infinidade de questões jurídicas mais sutis na AED, é necessária a atribuição clara de direitos a um titular certo, que o poderá preferencialmente negociar por tratativas privadas, sinalizadas exogenamente por preços. A análise econômica reivindica assim uma forma de

enxergar todo e qualquer direito como um tipo de propriedade negociável (ainda que o direito não o seja de fato), para ver quem fica com ele, após as transações, ou quem paga para quem. Na realidade, para a AED, o direito tem que facilitar as transações de mercado coordenadas por preços, pois essas transações são as mais eficientes na criação do bem-estar social.

Além disso, o caso da propriedade é relevante, porque é o mais significativo sobre as diferenças entre as tradições da *common law* e da *civil law*. Se existir alguma incompatibilidade da AED com o sistema jurídico legislado do tipo continental europeu, então essa diferença aparecerá certamente no instituto mais específico que marcam os dois sistemas.

Para entender o conceito de propriedade e do uso irrestrito do método econômico no direito, é essencial acompanhar primeiro como Posner constrói seus argumentos naquela que, possivelmente, é a mais sistemática, extensa e importante influência do método microeconômico neoclássico sobre o direito de propriedade, constante do livro *Economic Analysis of Law*. Nele, Posner expõe um direito de propriedade algo modificado pelas influências anteriores,⁵⁹ principalmente as de Coase e Calabresi. Na parte 2 da obra ou nos capítulos 3 a 8, o autor busca especificações sobre institutos jurídicos regulados preponderantemente pelo sistema do *common law*,⁶⁰ propriedade, contratos, família e direito sexual, responsabilidade civil, direito penal e, finalmente, história e ciência jurídica.⁶¹ Nas outras partes, Posner dirige-se para a

⁵⁹ Não interessam neste trabalho as oscilações de Posner, mesmo as relativas ao papel da economia na análise do direito. O significativo aqui é sua posição mais clara e influente, exposta na obra *Economic analysis of law*, p. 32-86, especialmente sobre propriedade, ainda que posteriormente a posição inicial tenha sido revista e até rejeitada. As alterações de Posner sobre a economicidade do direito não são muito claras, mas podem ser sumariadas como uma restrição à aplicabilidade dos métodos econômicos a campos não explicitamente de mercado, Cf. Richard A. Posner, *Problemas de filosofia do direito*, p. 473 e ss.

⁶⁰ Embora os autores aqui em uso refiram-se sistematicamente à eficiência da *common law* e não de *statutes*, importa salientar que na tradição romanística seguem-se os mesmos padrões da AED. Reafirma-se, quanto a este aspecto, o que ficou fixado anteriormente (seção 2 acima) como parâmetro do trabalho: as comparações entre os dois sistemas só encontram limites nos tratamentos específicos de cada instituto. Sobre a sistematização do *Law and Economics* em português, segue-se a obra introdutória de Vasco Rodrigues, *Análise econômica do direito*, sobre propriedade, especialmente p. 41-83.

⁶¹ Essa é a classificação mais comum dos institutos do *common law*: “Neste ponto, só nos restaria examinar cada uma das partes do ‘Common Law’, que não coincidem exatamente com as divisões do direito europeu continental. A primeira grande dicotomia que desaparece é aquela entre direito público e direito privado, substituída por outra radicalmente diferente, entre ‘Common Law’ e ‘equity’. Na prática, todavia, o direito anglo-americano atual não prevê a exposição da matéria segundo essas duas categorias, mas funde as disposições de ‘Common Law’ e de ‘equity’ em temas homogêneos: contratos, responsabilidade extracontratual, propriedade, *trusts*. A essas divisões devem ser acrescentados o direito penal, os procedimentos e o direito público (no interior do qual se discute se se deve distinguir ou não, como dissemos, um direito constitucional e um direito administrativo)”. Mario Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 339-340.

regulação e concorrência, direito societário e mercados de capitais e financeiros, tributação, processo e, por último, direito constitucional e sistema federativo.

Ao analisar os direitos privados regidos preponderantemente pela *common law*, Posner estrutura todo o seu método e sistematiza que tipos de indagação ele pretende responder em todo o livro. O início está na reflexão sobre a propriedade como atribuição geral de direitos a titulares claros. Se alguém tem um direito, para o autor isso significa que ele tem um poder jurídico negociável. Esse poder de negociar explica melhor a função da propriedade na perspectiva econômica, pois é da transferência de direitos que a economia apreende o valor de troca dos bens e os pode ordenar em funções (hierárquicas de decisão) dos agentes. Por isso, para os modelos, propriedade não é um bloco convencional de direitos reais absolutos,⁶² com repercussões mais sérias em caso de infringência. Propriedade pode e deve ser vista pelo juiz e pelo legislador como um feixe de atribuições⁶³ de alguma coisa em relação com um sujeito específico, e não como um direito subjetivo monolítico a invocar limitações à iniciativa dos particulares em negociá-los. Propriedades existem em função do fim econômico que é a criação eficiente do maior bem-estar social e, por isso, regem-se pelos aspectos economicamente relevantes em separado. Não se trata de ver a propriedade como um direito subjetivo clássico, como um poder excludente de pretensões análogas concorrentes sobre um bem, mas de um poder relativo – em função do fim econômico privado – fracionado, conforme se lhe possa valorar cada aspecto por preços. Para cada fração ou para o conjunto, conforme o caso, o direito deve dar tratamento que patrocine de forma mais fácil e clara a transação entre os particulares.

⁶² Nem sempre é possível para o juiz na tradição do *civil law* proceder à análise econômica de forma a destacar certos atributos negociáveis da propriedade, como parece ser o caso da tradição da *common law*, uma vez que, neste caso, a força de precedentes têm maior especificidade em relação ao caso do que a de textos legais legislados e, assim, os julgados podem funcionar como uma regulamentação mais detalhada. Além disso, a propriedade sempre teve regulação diferenciada na tradição da *common law*, como demonstra o instituto do *trust* e o sistema de direitos reais, estes em evolução sem interrupções traumáticas desde os institutos feudais, com separações mais claras entre uso e domínio. Cf. Mario Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 340-344.

⁶³ Parece hoje evidente que a tradição do *civil law* tem caminhado a passos largos para também comportar destacamentos não tradicionais sobre a propriedade, sempre com base em noções pensadas a partir de conceitos da AED. Alguns exemplos recentes destas modificações são a ratificação do Protocolo de Quioto no Brasil, que permite aquisição de créditos de carbono por meio de preservação de áreas de terceiros, e a recente lei paulista antifumo, que veda o tabagismo em locais fechados, mesmo com anuência do proprietário. Sobre o protocolo de Quioto, ver República Federativa do Brasil, Decreto Legislativo n.º 144/2002, e Nações Unidas, Terceira Convenção das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Sobre a lei paulista antifumo, ver Estado de São Paulo, Lei 13.541/2009.

Sobre propriedade Posner afirma que “a proteção legal aos direitos de propriedade cria incentivos para exploração eficiente de recursos”.⁶⁴ O autor constata que um sistema de direitos reais tem custos, que podem gerar ineficiências econômicas, ao desestimular transações privadas. Essas ineficiências têm que ser evitadas na formação e aplicação do direito, pois os custos do sistema de imposição de propriedade se refletem de forma automática sobre os custos de transação.

No entanto, mais custoso ainda seria um sistema que não previsse a propriedade privada, dado que é da propriedade que os benefícios e os custos de uma ação são atribuídos a quem a causa. Sem propriedade, não se saberia quem se apropria do resultado – positivo ou negativo – da ação. Em outras palavras, adotando os argumentos que já estavam em cena desde Coase, sem propriedade, os problemas com externalidades se multiplicariam: os agentes não poderiam iniciar as tratativas privadas para solucioná-las, pois não saberiam quem deveria pagar para quem. Nem o direito as poderia resolver de forma eficiente ou de forma mais aproximada que as soluções privadas atingiriam. Por isso, a correta atribuição de direitos (ou clara atribuição de direitos de propriedade) em sua acepção econômica é uma pedra fundamental da AED. Mas, concomitantemente, um sistema baseado em propriedade absoluta tem custos na sua administração, pois não facilita a transferência de aspectos da propriedade que são aqueles precificados pelos agentes. Por isso propriedade é relativa ao fim econômico e tem que ser fracionada em tantas partes ou aspectos quanto sejam valorizados em mercado por preços.

É importante observar como a noção de propriedade foi se alterando em função de transformações sociais na última metade do século XX, conforme possibilitou a abordagem de Coase sobre externalidades e sua apropriação no direito como propôs Calabresi, ambas as teses já sumariadas. A noção convencional de propriedade, como direito subjetivo absoluto do titular, como relação excludente de qualquer pretensão análoga sobre o bem, como direito de livre disposição e transferência, não é substancialmente modificada. O que se modifica são os esclarecimentos sobre os aspectos diferentes ou direitos em que se decompõe a propriedade e as situações jurídicas que não eram assimiladas à propriedade antes da AED. Os aspectos diferenciados, bem destacados e individuados têm consequências claras nos campos patrimoniais – em sentido muito amplo – de cada pessoa. A separação da propriedade em muitos aspectos jurídicos distintos

⁶⁴ “Legal protection of property rights creates incentives to exploit resources efficiently.” Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 32.

proporciona, para a AED, os maiores ganhos sociais, aos menores custos. É que neste caso tais direitos podem ser objeto de transações privadas que redefinem titularidades a quem dá o maior valor ao bem, conforme o sistema de preços pode apreender. O direito deve buscar sempre e em qualquer situação, se não patrocinar diretamente, simular esse ponto de equilíbrio racional entre indivíduos privados. Direitos reais têm precisamente esse papel, na opinião de Posner, o de patrocinar negociações privadas que melhor realoquem recursos, a quem lhes dá maior valor ou de simular os resultados dessa negociação.

Direitos reais fazem a mesma coisa ao limitar direitos de propriedade em situações em que a insistência no direito absoluto impediria uma troca maximizadora de utilidade. Para inverter a fórmula prévia de discussão, o *common law* estabelece direitos reais, regula sua transferência e protege-os contra interferências desarrazoadas, tudo para acabar facilitando a operação do livre mercado, e, onde o livre mercado não for capaz de operar, para simular seus resultados.⁶⁵

O direito ganha então, pela via de certas instituições como a propriedade – contratos e responsabilidade civil estão também entre elas –, uma forma definitiva de garantir a ação social correta, diminuindo os custos de transação. Esses são os custos que impedem a redução eficiente de externalidades. Custos de transação impedem processos de mercado em geral, pois implicam ônus para operar o sistema de preços.

Embora a função econômica mais evidente da *common law* seja corrigir externalidades, positivas (benefícios externos) e negativas, ela também tem uma importante função na redução dos custos de transação – especialmente criando direitos de propriedade – e, assim, propiciando e facilitando, tanto quanto simulando, processos de mercado.⁶⁶

Nestes termos, um sistema que garanta a propriedade como direito subjetivo de um titular e que exclua todos os outros usos só deve ser implementado até que seu valor iguale-se ao benefício patrocinado pela propriedade. Isso não significa, no entanto, que o autor esteja propondo coletivização, mas somente que a propriedade pode ser separada, conforme a análise econômica estática e dinâmica: (a) em aspectos estáticos ou aspectos isolados da propriedade que permitem uso compartilhado ou transferível, pois desconsiderados todos os elementos da análise no tempo, levadas em conta somente as

⁶⁵ No original: “The law of property does the same thing by limiting property rights in situations where insistence on an absolute right would prevent a value-maximizing exchange. To reverse the previous order of discussion, the common law establishes property rights, regulates their exchange, and protects them against unreasonable interference – all to the end of facilitating the operation of the free market, and where the free market is unworkable of simulating its results”. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 250.

⁶⁶ No original: “Although the most dramatic economic function of the common law is to correct externalities, positive (external benefits) as well as negative, it also has an important function to perform in reducing transaction costs – notably by creating property rights – and thus in enabling or facilitating, as distinct from simulating, market processes”. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 251.

consequências imediatas e (b) dinâmicas ou determinantes de usos exclusivos pelo proprietário, considerados aí os reflexos da análise no longo prazo. Nestes termos, a análise econômica da propriedade leva a consequências distintas, a manutenção do sistema convencional de direitos reais – excludente de uso por outros – e de um direito de propriedade estático – que permita o uso concomitante de um aspecto de um mesmo bem por mais de uma pessoa ou que tal aspecto possa ser transferido a quem lhe dá valor.

Posner comenta, como exemplo, o caso da radiodifusão ou de ondas emitidas por entes privados, ocupando o espaço público eletromagnético. O espaço eletromagnético tem que ser atribuído a alguém (por algum meio técnico), para evitar o uso extensivo e disfuncional do espaço por todos coletivamente, inviabilizando as comunicações, inclusive as de segurança, como aeroportos, polícia, bombeiros. O direito de *propriedade* de emissão de ondas no espaço radiofônico seria atribuído a quem mais lhe desse valor, ainda que de forma diversa da tradicional, distinguindo o direito de uso do direito de transferência, o que no Brasil corresponderia à concessão de uso de bem público.

Posner endereça ainda sua posição a outro exemplo de Coase, aquele de fazendas afetadas por fagulhas originárias de estradas de ferro adjacentes, para concluir que um sistema de propriedade só pode ser socialmente eficiente se proporcionar o uso concomitante da fazenda pelo fazendeiro em termos dinâmicos, mas resguardando de tal uso as áreas com maior risco de incêndios por fagulhas. Quanto a este aspecto relativo, repita-se, nas áreas vizinhas à estrada de ferro, o risco decorrente do uso concomitante reprime descuido do fazendeiro, exigindo dele o cuidado em não plantar em áreas com risco de causar danos às viagens de trens. Esse uso compartilhado indica que a estrada de ferro tem também o dever de zelo comum de evitar danos à propriedade, mas isso significa passar o caso de um tipo de responsabilidade próxima a esbulho e, portanto, absoluta, para os termos de responsabilização, conforme já havia discutido Calabresi. A solução indica que a propriedade compartilhada leva a dever de cuidado do fazendeiro em não plantar nas áreas com maior risco de danos e à companhia, em tomar os cuidados possíveis para evitar que os danos se tornem mais que imprevisíveis.

O autor propõe refinamentos no teorema de Coase: a atribuição de direitos tem interferência sobre a riqueza das partes, refletindo-se no valor de reserva para outros bens; os custos de transação não são, jamais, iguais a zero, e crescem conforme o número de pessoas envolvidas. Por isso, uma análise econômica da propriedade remete ao sistema econômico em geral, pela tese marginalista e à preponderância do dado de fato ou das

circunstâncias reais sobre a existência de custos de transação, que não podem ser completamente evitados. Assim, os custos de transação podem ser diminuídos pelo direito, ao atribuir direitos claramente definidos, vistos então como um feixe de atribuições ou direitos dos titulares sobre bens econômicos.

5.4.3 A tradição da análise econômica do direito: propriedade e trocas - É importante observar que os argumentos da AED assim sistematizados e problematizados passam à tradição da pesquisa. Steven Shavell dá um bom exemplo mais atual das aplicações dos modelos econômicos no direito. Ele também segue o padrão sistemático da maior parte da literatura, conforme Posner, dividindo sua análise em direito de propriedade, responsabilidade civil, contratos, processo, direito público e direito penal. Das aplicações tira algumas lições sobre estrutura geral do direito e também sobre as relações direito, bem-estar econômico e moralidade.

Neste ponto, segue-se Shavell como forma descritiva do *Law and Economics* atual, observando em concreto as apropriações que se fazem dos postulados econômicos no direito ainda hoje, seguindo o tópico analítico fundamental de qualquer AED: o caso do direito de propriedade.⁶⁷ Como antes mencionado, da propriedade, por suas diferenças, deveriam surgir as eventuais impossibilidades de aplicação da AED no sistema do *civil law*. Até o momento, essa inaplicabilidade não apareceu. Por isso insiste-se um pouco mais no assunto.

Shavell repete um núcleo comum da pesquisa. A análise econômica tem duas formas de responder suas perguntas: normativa e descritiva. O parâmetro normativo em Shavell é a economia do bem-estar ou funções de utilidade social.⁶⁸ Justiça e redistribuição são problemas relacionado à economia normativa, mas que torna equívocos os modelos e não acrescentam muita coisa ao discurso da AED. A interferência da justiça complica as análises, pois seu conteúdo não pode ser determinado em termos lógicos gerais mínimos. Assim, os modelos microeconômicos perderiam poder explicativo. A proeminência fica, portanto, com o direito de propriedade, socialmente eficiente na criação do bem-estar por meio de transações (contratos).

Shavell desenvolve um raciocínio sobre atribuições de propriedade e como a propriedade tem efeitos sobre a atividade econômica.⁶⁹ O autor divide *possessory rights* ou

⁶⁷ Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, para esta parte, especialmente, p. 8-176.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 597-598.

⁶⁹ Idem, Part I.

direito subjetivo sobre a coisa, excludente de igual direito de outros, e *transfer rights* ou direito de transferência dos *possessory rights*.⁷⁰ Os dois aspectos e a propriedade em geral justificam-se pelos incentivos econômicos que geram. Os incentivos são que indivíduos poderiam manter o produto de seu esforço racional ou na circunstância em que o custo marginal do tempo trabalhado iguala o acréscimo marginal de bem-estar social proporcionado pelo mesmo tempo adicional. Dito de outro modo, a propriedade patrocina a retenção dos ganhos do proprietário. Além disso, a manutenção dos bens e das melhorias neles feitas poderia ser retida tanto para uso atual quanto nas transferências. Os direitos poderiam ser transferidos, o que gera aumento de riqueza social.⁷¹ A propriedade previne disputas e esforços desnecessários para manter a coisa. A propriedade protege contra o risco de perda ou danos. Além disso, tem efeitos distributivos, dado que propriedade maximiza a produção de bem-estar.⁷²

Na aquisição e transferência de propriedade, esses pontos articulam-se de forma mais clara. Shavell analisa a aquisição original, relativamente às regras de propriedade para quem encontra alguma coisa de valor, por exemplo, peixes no mar. A retenção dos bens é socialmente útil porque incentiva a busca mediante investimentos. O investimento de quem procura será eficiente segundo o aumento na probabilidade de encontrar o bem ou se o custo responder positivamente à probabilidade de encontrar o bem procurado. A questão relativa a múltiplos exploradores para um mesmo bem, nessa visão, é resolvida pela probabilidade combinada de ambos encontrarem o bem. A questão de busca excessiva – relevante em certas áreas de pesca, por exemplo – é a de que o investimento excessivo para vencer competição pode tornar o resultado excessivamente caro e, portanto, ineficiente. Os problemas de investimentos ineficientes excessivos levam à modificação da

⁷⁰ Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 9-10.

⁷¹ “Deve ficar claro que, se somente a posse existir, a otimalidade não seria alcançada, porque as coisas não seriam objeto de trocas. Indivíduos apenas produziriam para uso próprio, sem organizar e empregar de forma eficiente os métodos de produção”. No original: “It is clear that if only possessory rights exist, optimality will not be achieved because things that exist will not be traded. Individuals will produce solely for personal consumption rather than collectively organize and employ efficient production methods”. Idem, ibidem, p. 18-19.

⁷² A função econômica da propriedade privada em Shavell é de produção e, portanto, pressupõe estabilidade. Daí surgem os melhores resultados sociais da propriedade, porque o justo proprietário produz o melhor social. O autor parece propenso a aceitar a propriedade nos termos da história contratual clássica, referente ao *thelos* da guerra do todos contra todos. “Na ausência de direitos de propriedade, no entanto, a distribuição de riqueza teria pouca chance de atingir o ótimo, porque as circunstâncias seriam dominadas pelas habilidades dos indivíduos em tomar coisas alheias, pela capacidade de proteger seus próprios bens e pela aleatoriedade.” No original: “In the absence of property rights, however, the distribution of wealth would be unlikely to tend toward the optimal, because it would be determined by the ability of individuals to take things from another, to protect what they have, and by chance elements”. Idem, p. 21.

atribuição dos direitos de propriedade sobre os bens achados. Os remédios para busca excessiva são tributação, poder de polícia, concessões.

Achados e perdidos devem ser regulados por uma combinação de aquisição original com uma recompensa, para evitar que o proprietário original invista excessivamente na prevenção da perda e para manter incentivo para quem achar o bem.

Transmissão da propriedade também obedece a critérios de estímulo. A venda de coisa roubada pode ser anulada em benefício do proprietário original, pela regra da aquisição original, ainda que o adquirente esteja de boa-fé, porque esta regra desestimula o roubo. Ela preserva o justo título, a despeito da boa-fé do adquirente. A prova pode ser pública por registro, aconselhável sempre que o bem for de valor elevado. O registro aconselha-se sempre que seu custo elevado for compatível com o tipo de bem registrado, em favor da alocação eficiente de recursos. Pode haver intervenção estatal na transmissão de propriedade, para correção de efeitos externos, como no caso de armas de fogo, ou correção de ausência de informações, a serem prestadas por profissionais habilitados na venda de drogas lícitas, por exemplo, ou ainda por direitos parentais para evitar consumo de algo como álcool por menores. Doações patrocina bem-estar porque melhoram a situação do donatário, sem piorar a situação do doador, para quem o objeto tem valor marginal pequeno. Incertezas quanto ao donatário podem ter efeitos negativos sobre doações, mas são questões de incerteza e por ela podem ser enfrentadas. Transmissões *causa mortis* apresentam aspectos motivacionais econômicos. O *de cuius* é estimulado a poupar e não gastar ineficientemente seu patrimônio em vida. Mas *causa mortis* tem externalidades negativas, pois sua existência patrocina elites. Usucapião, visto como transferência involuntária, não deve ser aceito porque estimula uma aquisição indevida do ponto de vista do mérito econômico, ainda que a terra fosse improdutiva, dado que o adquirente nada teria feito para obter o bem. Só a ocupação não significa uso econômico eficiente.

Interessante como o autor trata conflitos e cooperação no uso da propriedade ou o problema das externalidades. Shavell repete Coase. Externalidades são mais bem tratadas em sistema de liberdade de transação, porque esta liberdade patrocina o bem-estar agregado, na medida em que as soluções serão sempre as menos custosas socialmente falando. A negociação tem, assim, o efeito de encontrar este ponto para as partes envolvidas. Para negociar é preciso lembrar que externalidades estão relacionadas aos direitos de propriedade e têm, por isso mesmo, efeitos recíprocos. As partes envolvidas

com uma externalidade (do lado de quem a produz ou do lado que sofre as consequências) devem entender que não há o direito à externalidade por parte de quem a causa, nem direito a retirá-la, por parte de quem sofre as consequências. A externalidade é um problema recíproco neste sentido. Portanto, a negociação encontrará a solução mais barata. Por exemplo, as vítimas da poluição de uma fábrica em regular funcionamento – local permitido, com as precauções legais – devem entender que a poluição é causada no exercício regular de direito de propriedade de quem polui e que a produção da qual decorre a poluição tem um efeito agregado positivo sobre o bem-estar social, que prevaleceria sobre o decréscimo de bem-estar dos afetados diretamente pela poluição.

A externalidade, no fundo, só existe porque as vítimas têm direitos de propriedade vizinhos. Soluções alternativas são viáveis, pois a vítima pode mitigar efeitos. O poluidor deve perceber – não por sua consciência, mas pelo mecanismo de preços – que a poluição tem efeitos danosos sobre o bem-estar, decréscimo que deve ser computado em sua produção. Assim, se o custo de transferência da fábrica ou o custo de instalar antipoluentes for maior que transferir todos os prejudicados, adquirindo suas propriedades, então esta última será a solução mais vantajosa socialmente, por aumentar o bem-estar total. Se nenhuma solução for economicamente viável, então fica demonstrado que a atividade gera mais decréscimo do que agrega bem-estar. Entretanto, alcançar um acordo que demonstre a viabilidade econômica da atividade que gera externalidade depende do nível dos custos de transação.

Como se viu e se falou tantas vezes antes, custos de transação podem tornar o acordo para solucionar externalidade inviável, ainda que houvesse uma solução potencialmente ótima, economicamente falando. Ademais, a assimetria de informações pode ser um sério obstáculo para se chegar ao acordo, principalmente porque vítimas desconhecem os custos para o seu causador. Se o acordo não é encontrado, então a solução adviria do direito já na forma de regulação, de atribuição de direitos às partes e responsabilidades e limites de cada uma, e, finalmente, tributação (Pigou). Aqui, os problemas de adjudicação das normas são (a) as informações ao Estado, às vítimas, aos causadores da externalidade para ações adequadas; (b) os custos administrativos; (c) o nível de atividade; (d) a possibilidade de mitigação a baixos custos do dano pelas vítimas e a capacidade do causador da externalidade de pagar pelos danos.

Com intervenção do direito, se o custo total do acordo para o causador da externalidade for menor que o custo para evitar o dano e menor que a receita obtida com a

atividade da qual decorrem os prejuízos, então a solução acordada será a ótima e patrocinará o maior bem-estar. A regra jurídica não terá peso nenhum, pois o acordo é baseado nos poderes de disposição das partes. O teorema de Coase, entretanto, depende da possibilidade reais das partes para um acordo. Se não tiverem, então só o direito poderá resolver, simulando o que as partes fariam, não fossem os custos de transação.

Em contratos, responsabilidade civil, família, direito penal, o diagnóstico e as soluções se repetem. Primeiro, as questões jurídicas são descritas no terreno da eficiência alocativa para a criação do maior bem-estar social. Esse critério descritivo propõe invariavelmente como o direito deveria ser. Substancialmente, os diagnósticos são os mesmos, partindo sempre de uma análise dos custos e dos benefícios sociais. Por isso, contratos têm que facilitar o desenvolvimento de atividades aos menores custos. Na aceção econômica, isso é possível não só pela facilitação do acordo e adjudicação dos direitos, mas pela assimilação do conceito de esgotamento das possibilidades de ajuste mútuo reciprocamente vantajoso. Nesse aspecto, a caixa de Edgeworth⁷³ simula quais os possíveis ganhos máximos para as partes, para o ótimo social. Um contrato passa a ser visto então não na sacralidade de seus termos, mas nas possibilidades de ganhos eficientes para as partes envolvidas. Contratos trazem ainda à existência o problema de comportamentos estratégicos – a preocupação que um agente tem com o comportamento do outro para tomar suas próprias decisões – e comportamentos pautados por risco.

Todos os outros temas trazem a economia para o entendimento jurídico, que se pauta, necessariamente, para ser um entendimento racional, pelos reflexos econômicos da ação. Como já afirmado, a responsabilidade civil não depende do ato, pura e simplesmente, mas depende do ato que era racionalmente esperado do agente: aquele comportamento cujo custo marginal de prevenção se iguale ao benefício marginal de evitar o pagamento da indenização. Em outras palavras, só é responsável aquele que não empregou recursos para evitar o dano até o limite em que os recursos for igual ou inferior à indenização esperada, pois, se o custo da prevenção for maior que a indenização, então o agente estaria gastando recursos escassos para prevenir algo que seria mais barato assumir em termos de pagamentos de indenização à vítima.

⁷³ Caixa de Edgeworth é um instrumento analítico descritivo de trocas, por meio de dois agentes em situações opostas e que indica o ponto mais eficiente de ganhos recíprocos. Eles ficam analiticamente em conexão imediata, por meio de escolhas ótimas ou de escolhas informadas, umas diante das outras, com restrições objetivas de cada parte. A curva indica então as melhores opções de ganho para as duas partes ou uma alocação ótima no sentido de Pareto. Por isso, a caixa não propõe qualquer mecanismo equitativo de encontro distributivo de interesses. O único equilíbrio buscado é o descritivo eficiente, obediente ao que cada parte pode de fato suportar nas trocas. Hal Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 604-613.

Esses exemplos sobre apropriação do raciocínio econômico nos métodos operacionais no direito já dão as condições em que os argumentos jurídicos são construídos por critérios econômicos. Eles são suficientes para os propósitos deste trabalho, pois são capazes de colocar como o pensamento da AED constrói argumentos jurídicos com base em elementos normativos econômicos para predicar o direito correto e o direito incorreto segundo a eficiência na criação do bem-estar. Propriedade e trocas são os pontos fundamentais de toda a descrição e normatividade. Redistribuição e justiça são passadas para o campo político, sujeito novamente às avaliações sobre sua eficiência para criação do bem-estar, em termos circulares, portanto.

No entanto, a questão de fundo sobre a interferência de critérios econômicos na apreensão de sentido jurídico tem uma questão antecedente que se reporta às condições de argumentação consequencial econômica no direito vista daquele ângulo interno ou da consistência lógica interna dos argumentos de que se falou no capítulo 2. Ele se reporta às condições em que os critérios econômicos não guardam consistência com a igualdade formal, com a segurança jurídica, com a racionalidade mesma do argumento. Em outras palavras, por vezes, o problema de escolha normativa não chega a se colocar, porque as predicações econômicas não têm significado jurídico nenhum. Esse é o caso do uso irrestrito do método econômico para pretensamente imputar racionalidade a qualquer direito. Muitas vezes esse uso universalizante do método microeconômico é internamente disfuncional.

5.5 Argumentos jurídicos internamente inconsistentes baseados em aplicações irrestritas do método econômico – A utilização da metodologia neoclássica de forma incontida ou universalizante para construir argumentos jurídicos será enfocada aqui. Nela, os métodos são empregados em qualquer situação e procuram descrever positivamente as orientações individuais do homem econômico racional, por aplicação de modelos formalizados, com grande repercussão de operações dedutivas. Para o neoclassicismo irrestrito, é evidente que a razão calculativa da microeconomia, como defendeu Gary Becker, forneceria uma fórmula descritiva implacavelmente precisa, em qualquer situação. As novas proposições do *Law and Economics* sobre a prioridade da propriedade tornaram possível a expansão da aplicabilidade dos modelos econômicos a todos os direitos. Na realidade, a vertente neoclássica universalizante da análise econômica tem a crença exclusiva de que, sendo o homem maximizador racional de seu bem-estar, preços

constituem os únicos sinais objetivos de relevância na descrição da interação social, pois, pautado por preços, o homem racional tomaria a decisão ótima, não só economicamente, mas em qualquer situação. Daí haver certa necessidade de precificar todas as variáveis em um determinado estudo, de modo a descrevê-lo com maior aproximação da teoria da escolha racional. O uso irrestrito dos modelos, como propõe a AED com base em uma vertente neoclássica, pode gerar muitos problemas de sentido jurídico.

O termo neoclassicismo econômico é ambíguo. Ele tanto indica pesquisas econômicas com ênfase nos pressupostos clássicos do século XIX, desenvolvidos no século XX, quanto estudos centrados em proposições alternativas ao classicismo, mas que não o abandonaram totalmente. Eles são, sempre, releituras daqueles primeiros postulados ou adaptações dos primeiros problemas econômicos clássicos. Aqui, neoclassicismo econômico significa a pesquisa que aprofunda os fundamentos clássicos econômicos, na descrição de mercados e de comportamentos individuais com preponderância dos sinais de preço, com larga aplicação do método marginalista. A preocupação neoclássica fundamental é deduzir leis formais para descrever, de um ponto de vista positivo, a realidade simplificadamente escolhida, sem outras considerações. As leis formais podem então aplicar-se ao direito de forma restrita, contextualmente falando, ou irrestrita, como se tornou possível pela reformulação dos direitos de propriedade. Assim, os modelos microeconômicos têm a possibilidade de passar a aplicações em situações para as quais os modelos não se encaixam, nem por força de novas construções conceituais. Esse tipo de aplicação de leis microeconômicas neoclássicas cria para si um ambiente em que explicações simplificadas da realidade tornam-se verdades científicas, das quais outras verdades são deduzidas. Portanto, nessa forma de abordagem, modelos descritivos evidenciam o curso de ação mais oportuno para criação efetiva do maior saldo agregado de produção econômica. E essa é uma afirmação que basta a si mesma, pois deduzida de premissas que seriam isoladas, verificáveis e, por conseguinte, universais.

A questão do neoclassicismo irrestrito que interessa nesse ponto é a construção de um saber que prescinde de fundamentos morais mais explícitos. Nas palavras de Richard Posner, “a maior parte da análise econômica consiste em apontar para as conseqüências das ações individuais, assumindo que as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais”.⁷⁴ Essa racionalidade do indivíduo pressupõe o

⁷⁴ No original está: “Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions”. Richard A. Posner, *Values and consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law*, p. 3.

autointeresse, fora do qual não haveria descrição possível do agir instrumental, elemento de base para entendimentos dos próprios modelos e de interações econômicas. A racionalidade instrumental econômica, por sua vez, admite que o sujeito tenha crenças e preferências morais e que elas eventualmente sejam importantes para as opções do sujeito.⁷⁵ Mas as escolhas dependem menos destas características endógenas do indivíduo do que dos elementos exógenos que delimitam mais objetivamente suas escolhas. Na realidade, a escolha individual economicamente descrita e relevante é aquela que toma as possibilidades que o agente pode suportar, por restrições, combinadas com as preferências. O fundamento da escolha são os sinais externos ao sujeito (preços, condições de negociação, renda, facilidades de contratação e liquidação de obrigações, informações) do que as crenças individuais que ele eventualmente tenha.

A reivindicação de que a análise econômica do direito toma o sujeito em sua totalidade, inclusive suas preferências e crenças morais, não é, por isso mesmo, precisa, ou melhor, ela apresenta pouco poder heurístico, porque o fato de uma crença moral determinar uma escolha em detrimento de outra só será sentida pelo mecanismo de preços, se for moldada pela objetividade da escolha revelada objetivamente. Nesse caso, a escolha será deduzida dos sinais externos: preços, vantagens, segurança, e não das crenças do agente. Assim, na realidade, as escolhas individuais devem obedecer a certos padrões eficientes, conforme explicado por modelos simplificadores, com larga utilização da tese marginalista na determinação do valor econômico. Por isso, a utilidade vista como decisão ainda mascara uma opção normativa de inspiração utilitária. A decisão serve para ultrapassar as limitações que as opções normativas utilitárias impunham aos modelos inicialmente. Por isso, mesmo na teoria da escolha, somente a tese normativa do bem-estar e da eficiência podem explicar os predicados obtidos a partir do uso irrestrito dos métodos econômicos.

O problema de deterioração do meio ambiente pode explicar esse ponto. Suponha-se um indivíduo que suporte custos pessoais mais elevados com alimentação por sua crença em um meio ambiente saudável. Recusando-se a aceitar o uso indiscriminado de agrotóxicos, ele mesmo cultivaria boa parte dos alimentos que ele consumiria. Supondo que em um mês o agente gastasse 50 horas úteis no cultivo doméstico e que a remuneração de sua hora no mercado de trabalho fosse de \$10, o custo de oportunidade de sua opção seria de \$500 mensais. A economia patrocinada pelo cultivo doméstico representaria \$300

⁷⁵ Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 17-19.

(já computados todos os possíveis ganhos pela opção do agente, como saúde melhor). O custo líquido da opção é de \$200 por mês ou \$2400 ao ano.

No caso, a tese marginalista não poderia explicar a ação do sujeito, pois a fuga do agente do mercado ocorre por motivos não sinalizáveis por preços, o que desintegra a aceitação de preço de reserva no seu caso. E preço de reserva é o fundamento da teoria do valor de mercado. Em outras palavras a opção do agente, por si só, tem custos sociais porque retira, em primeiro lugar, o agente do mercado, que, assim, deixa de ter um agente (talvez somente um já seja relevante) que afirma o valor dos produtos alimentícios substituídos. Além disso, o agente estaria dando preferência por uma opção que lhe causa prejuízo, baseado apenas em uma crença. Na realidade, para o agente, não importariam os preços de mercado, dado que os preços atuais ofereceriam condições mais vantajosas do que as percebidas. Assim, a ação do agente, embora racional sob muitas circunstâncias, fugiria do equilíbrio esperado, o que tem reflexos negativos sobre o todo. Os prejuízos da escolha (decisão feita com utilidade obtida negativa) tenderia à irracionalidade, pois a tese marginalista não estaria atendida: o preço de reserva pago na produção doméstica da última unidade adicional de alimento seria maior do que os benefícios por ela produzida. A opção não teria relação com os sinais sociais de mercado disponíveis. A atitude moralmente válida seria então economicamente irracional por diminuir a renda do indivíduo, sem efeitos práticos para os fins almejados. O comportamento só passaria a ser racional economicamente se a diminuição em sua perda de poder de compra, decorrente de gastos adicionais com atitudes ambientalmente corretas, fosse diretamente proporcional com o que a sociedade estaria disposta a pagá-lo pela ação. Se esse sinal social não existir, então a ação será desprovida de sentido. Assim, fora da interação por preços, o sujeito não tem parâmetro para assumir a correção de sua ação, de um ponto de vista econômico. Modelos microeconômicos pressupõem a racionalidade individual do agente autointeressado, em termos de consequências de suas ações sobre o seu próprio bem-estar que repercute sobre o coletivo. Posner assinala que “o papel da economia no debate político e moral é salientar as consequências ou implicações que pessoas não conhecedoras de economia normalmente negligenciam. O que você faz com essas consequências é assunto seu”.⁷⁶

⁷⁶ No original: “[...] the role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked. What you do with those consequences is your business”. Richard A. Posner, *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*, p. 10.

Mas o assunto próprio do agente é fundamental no direito. Todos os motivos que o agente tem para qualquer ação são importantes no direito, porque conformam, em qualquer caso, o contexto da ação. Como já se discutiu antes, o contexto é elemento que terá influência sobre a compreensão, querendo ou não o intérprete do direito. Por isso, há um limite preliminar claro para a abordagem econômica do direito que já pode ser colocado desde já: análise econômica tem que se reportar a um contexto em que os modelos microeconômicos façam sentido, contextualmente falando. As aplicações irrestritas da modelagem econômica sem obediência a esse parâmetro transformam a AED numa confusão, pois levam a argumentos internamente inconsistentes ou sem lógica dedutiva interna.

Para a interpretação jurídica, o contexto tem, naturalmente, relação direta com os valores do sujeito e os da sociedade, sobretudo liberdade, igualdade e justiça. Entretanto, a exclusão da fórmula da AED como metalinguagem jurídica acontece antes deste discurso sobre valores de fundo, ou mesmo antes de se avaliarem as projeções externas da compreensão alcançada. Os modelos econômicos têm limites impostos pelo próprio fenômeno social explicado, conforme ficar demonstrado na estrutura interna dos argumentos. Se do argumento econômico resultar uma decisão jurídica sem fundamento ao menos na justiça formal (ou na igualdade formal de todos perante a lei), então o argumento da AED será inválido. A questão aqui é ver o que consequencialmente é inadmissível na análise econômica do direito, por desatendimento do contexto sobre o qual se fala.

Veja-se o exemplo abaixo, retirado da obra de Posner.⁷⁷ É importante observar que *Economic Analysis of Law* usa de forma irrestrita a modelagem econômica. Por isso, os argumentos de Posner se identificam com posições neoinstitucionais, mas que aplicam de forma irrestrita os modelos microeconômicos neoclássicos. A diferença entre as duas posturas é uma questão de grau e, por isso, há uma faixa coincidente entre elas. O caso aqui se altera para a faixa em que as posições universalizantes não coincidem com as neoinstitucionais restritas. O caso é a conhecida análise econômica que o autor faz do

⁷⁷ Posner adota em geral – com algumas hesitações – uma postura de aplicação irrestrita do método econômico, baseado nas lições de Gary Becker, já comentadas. “Mas o significado de Becker para o movimento da análise econômica do direito vai bem além do direito penal. Becker, como já afirmei antes, é o maior economista da economia extra-mercado, que é fundamental para a análise econômica do direito, porque boa parte do direito regula atividades fora do mercado.” No original: “But Becker’s significance for the economic analysis of law goes far beyond crime. Becker, as I have already suggested, is the great economist of nonmarket economics, which is fundamental to the economic analysis of law because much of law regulates nonmarket activities”. Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, p. 60.

sistema jurídico de adoção.⁷⁸ Na análise, a instituição jurídica da adoção é associada ao mecanismo de preços. A base analítica tem uma assunção valorativa: de que pais com maior disponibilidade financeira são melhores porque podem arcar com os altos custos de criação e educação de crianças. Então, mantidas fixas as demais variáveis, a riqueza dos pais é um valor que tem que ser considerado na análise jurídica da adoção, pois pais mais ricos são capazes de educar crianças por mais tempo e com maiores exigências curriculares. Os adultos mais educados são os que produzem o maior bem-estar social. Disso o autor deduz que o sistema legal de proteção à criança deve ser substituído por um mercado de compra e venda de direitos parentais. Os interessados na adoção devem se remeter ao mercado para adquirir o direito de ser pai adotivo (o autor não chega a dizer que se trata da compra de filhos). No fundo, Posner parece afirmar que, mantidas todas as variáveis intocadas, porque desconhecidas, então, dinheiro é uma condição social favorável à paternidade. Riqueza pode não ser o único nem o mais importante elemento para caracterizar a justeza da paternidade, mas para o caso da adoção a riqueza seria a única objetivamente reconhecível. A adoção conforme o sistema legal prevê, com todos os trâmites impostos aos futuros pais ou, de outra forma, com todos os custos de transação impostos à sociedade, acaba criando uma ineficiência sistêmica, pois os melhores pais (na suposição normativa do autor) não têm os melhores estímulos para adotar no regime jurídico da adoção convencional.

Esse seria um caso que Williamson afirmaria como disfuncionais em termos de significado econômico-jurídico ou institucional, porque a prevalência no caso não é de mecanismos calculativos⁷⁹ pautados por preços. A solução vista por Posner, na realidade, desconsidera aquilo que define as relações entre pais e filhos e que as diferenciam de outras relações preponderantemente regidas por raciocínios de mercado. Na realidade, o contexto da paternidade socialmente desejável (para não usar o termo “vantajosa”) é o afeto que se desenvolve entre pais e filhos. É o afeto que estimula a educação e forma as melhores pessoas, e não o dinheiro. A assunção inicial valorativa é totalmente equivocada. Não é necessário então afirmar que todas as outras deduções tiradas das premissas são equivocadas. O raciocínio segue aproximadamente as seguintes etapas: maior bem-estar é diretamente proporcional ao nível de educação; custos marginais da educação são proibitivos e estimulam a menor escolaridade; logo, os melhores pais que a sociedade poderia encontrar são os interessados com mais recursos financeiros, para

⁷⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 154-158.

⁷⁹ Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, p. 250-275.

quem o preço de reserva na educação é menor. Ainda: para que os recursos financeiros valham é preciso um sistema de preços; o sistema de preços atribuiria os direitos parentais a quem mais os valorizaria, conforme a ordem de quem paga mais; logo, um sistema judicial de adoção é ineficiente, pois impõe custos de transação desnecessários, relativamente ao sistema de preços.

Posner mesmo não é linear a respeito da aplicabilidade do método econômico de forma implacável. Em outra passagem do *Economic Analysis of Law* o autor sustenta que argumentos econômicos para manter ilegal o comércio de drogas não impressionam muito, pois os mesmos argumentos poderiam ser usados para drogas lícitas, como o álcool e tabaco.⁸⁰ Apesar disso, o autor não chega às conclusões que os argumentos poderiam levar, como feito no caso da adoção. Ele prefere especular sobre se o consumo de drogas é elástico ou inelástico, sobre os efeitos sociais da educação antidrogas, mas prefere se abster de enfrentar o problema com as ferramentas usadas em todos os outros casos: o que seria mais eficiente na produção do bem-estar social. O discurso de Posner sobre o assunto é paradoxal, pois o tema dos custos e benefícios da criminalização (e da imposição de penas) é tradicional no direito penal desde Beccaria. Posner mesmo admite a enorme influência de Bentham sobre o *law and economics*, a partir de considerações sobre os custos e benefícios sociais do sistema penal.⁸¹ Surpreendentemente, não leva esses argumentos às últimas consequências.

Por isso, importante frisar que a aplicação irrestrita do método econômico ao direito é cheio de hesitações, que causam disfuncionalidades internas na argumentação jurídica, por ausência de significado. Não se trata de não concordar com um significado, mas da confusão que uma análise econômica do direito pode causar, se forem desconsiderados os contextos aos quais a análise se reporta. Assim, por ora, não se trata de adentrar no mérito dos argumentos, mas somente de assinalar que uma fórmula irrestrita de aplicação de modelos econômicos no direito pode não conceder significado jurídico nenhum. Isso ocorre mesmo na suposição de possibilidade mais livre de comunicação sistêmica entre direito e economia (portanto, menos rígida como as adotadas) e tendo em mente que os sistemas do *common law* e do *civil law* aproximam-se em termos gerais

⁸⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 244.

⁸¹ “Quando Gary Becker publicou em 1968 seu artigo sobre direito penal, revivendo e refinando Bentham, parece que todo campo do direito poderia ser colocado sob a lente da economia, com resultados iluminadores.” No original: “When, in 1968 Gary Becker published his article on crime, reviving and refining Bentham, it began to seem that perhaps no field of law could not be placed under the lens of economics with illuminating results”. Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, p. 34.

(quanto à regulação e à interpretação) e específicos (quanto aos diferentes institutos considerados). A questão aqui é que, independentemente de valorações, há limites para predados econômicos no direito, sempre que a análise desconsiderar contextualmente o fenômeno jurídico. Ela o desconsidera sempre que suas suposições acarretem tratamento desigual entre iguais e todas as vezes que seus resultados em nada puderem se aplicar ao caso.

No exemplo da adoção, os modelos econômicos desconsideraram que paternidade boa independe de recursos. Mesmo de um ponto de vista econômico, não há evidência nenhuma sobre a conclusão extraída dos silogismos: bem ao contrário, é muito comum observar que pais abastados sejam péssimos, pois não estimulam a educação apropriada da criança, e que pais carentes sejam excelentes. Assim, um dos pontos centrais dos modelos, a verificação empírica indutiva, foi simplesmente desconsiderada, pois as assunções valorativas não levaram em conta dados observados, a partir dos quais poder-se-iam extrair algumas conclusões. As assunções feitas simplesmente tornaram-se falaciosas, pois não direcionadas ao projeto moral mesmo tido como correto, a criação do maior bem-estar, aos menores custos. As deduções das premissas equivocadas transformam os argumentos em um vazio de significado interno, quando não em uma confusão. Os argumentos não são válidos do ponto de vista jurídico, pois discriminam pais potenciais com menores recursos, tratando-os como desiguais, em aspectos que não têm relevância para a paternidade, ao contrário da suposição inicial do autor. No caso das drogas, os próprios prejulgamentos do autor não foram capazes de expressar a realidade econômica a que ele se reportava.

Com as considerações acima e baseados no que se discorreu antes, para elucidar o escopo ou a consistência interna da AED, é possível concluir que o método econômico, para ter significado jurídico, tem que apontar para uma realidade em que preços sejam relevantes. Coase não tinha em mente as generalizações de Becker, sobre as aplicações do método econômico como forma heurística universal, mas somente que a precisão de certos aspectos analíticos da economia poderia ser explicativa também no direito, na solução de externalidades negativas, para patrocinar a maior criação de bem-estar, normatividade não relativizada. Sua pesquisa evidenciou a importância dos custos de transação, elemento conceitual que possibilitou predicções econômicas sobre o direito. A partir da existência de custos de transação, a economia pode falar algo do direito, tanto para analisar como o direito interfere negativamente ou positivamente na criação do bem-

estar quanto postulando como ele deveria ser, para evitar interferências custosas e indesejadas.

A AED tem que se reportar então a aspectos em que modelos econômicos tenham significado. Eles devem corresponder a um contexto juridicamente significativo. O método da AED só tem sentido jurídico se usado em termos estritamente contextuais, como fez Williamson ao analisar a confiança⁸². Só assim as assunções valorativas podem ser vistas com clareza e comentadas. Um contexto em que o método econômico faça um sentido jurídico e leve a argumentos internamente consistentes, ainda que com sentido final injusto, corresponde aos seguintes parâmetros e suposições:

- (a) Indivíduos autointeressados têm em geral no mercado, nas interações mediadas por preços, a forma mais eficiente de alocar seus recursos para maximizar o bem-estar social.
- (b) As ações tomadas com base só em valores endógenos ao sujeito e que não possam ser juridicamente traduzidos em concepções assimiláveis às trocas de mercado não são objeto de análise econômica.
- (c) Se nem todo comportamento pode ser explicado pelo mecanismo de preços, então a análise econômica é limitada e deve sempre fundar-se em argumentos que a qualifiquem em termos de validade ou de consistência interna.
- (d) Sempre que o mecanismo de preços não tiver poder explicativo, qualquer consideração sobre custos e benefícios da ação não terá nenhum significado.
- (e) O uso do sistema de preços em mercado pelos agentes tem sempre custos, variáveis, conforme o tipo de transação.
- (f) Tais custos são amplamente relacionáveis ao direito, dado que sua maior e mais significativa parcela é relativa à negociação, celebração e adjudicação de obrigações.
- (g) Os custos de transação variam positivamente conforme forem mais complexas e duradouras as transações.

⁸² “Eu argumento que, na melhor das hipóteses é redundante e pode levar a equívocos, o uso do termo confiança para descrever trocas para as quais foram instituídas medidas de proteção com reflexos efetivos no custo, para das suporte mais eficiente”. No original: “I argue that it is reduntant at best and can be misleading to use the term ‘trust’ to describe commercial exchange for which cost-effective safeguards have been devised in support of more efficient exchange”. Oliver E. Williamson, *The mechanisms of governance*, p. 257. “Confiança, acaso obtida é reservada para relações especiais entre família, amigos e amantes. Tal confiança é o que compõe a tragédia. Ela vai à essência da condição humana”. Original: “Trust, if it obtains at all, is reserved for very special relations between family, friends and lovers. Such trust is also the stuff of which tragedy is made. It goes to the essence of the human condition”. Idem, *ibidem*, p. 250.

(h) A existência de custos de transação significativos impede que particulares objetivem por negociações privadas, o valor de um fenômeno economicamente apreciável.

(i) Custos de transação decrescem com atribuição clara de direitos e obrigações. A aplicação da análise econômica do direito depende dessa atribuição clara de direitos negociáveis a titulares certos, para que as trocas sejam assimiladas por modelos.

(j) A existência de custos de transação impõe a necessidade de regulação jurídica eficiente para solução de externalidades negativas e de alocação de bens em geral. Em outras palavras, o direito deve patrocinar resultados compatíveis com a solução que o sistema de preços determinaria.

(k) As trocas devem ser levadas a efeito até o limite das vantagens socialmente apreendidas pelo sistema de preços.

(l) A solução última das trocas será eficiente só no sentido de Pareto.

Essas determinações conformadoras de contexto da AED parecem evidenciar que Coase e Calbresi estavam mais próximos de uma análise econômica consistente, ao menos do ponto de vista interno dos argumentos econômicos. Os dois autores admitem a existência de um mundo ideal possível, em que indivíduos dispõem de informação completa, com plena capacidade de processá-la, o que levaria sempre a realocar as dotações iniciais do direito para os agentes que lhes dessem maior valor. Colocando de outra forma, a tese da AED com a qual se pretende aqui dialogar ou com a qual se trabalhará é a de que os custos de transação podem impedir que indivíduos em interação social livre estabeleçam os rearranjos necessários para ultrapassar uma alocação não ótima (ou sobótima, aquela feita a quem não dá maior valor aos bens alocados) em direção à alocação ótima (aquela em que o bem fica com quem lhe dá maior utilidade). O direito deveria, ao mesmo tempo, minimizar os custos de transação e, quando isso não for possível, simular soluções que os agentes implementariam na alocação de recursos se coordenados inteiramente pelos mercados. Esse é o contexto significativo da análise econômica do direito.

Assim, é possível interpretar Coase na perspectiva da irrelevância⁸³ do direito numa situação ideal: ele determina as direções das negociações (quem paga para quem) tendentes ao arranjo final ótimo, alcançado por mecanismos de mercado ou ele

⁸³ Nicholas L. Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics*, p. 96-99.

simula a solução que estas negociações poderiam atingir, se custos de transação forem excessivamente altos. Isso deve ser feito para atingir o ponto ótimo eficiente e o máximo bem-estar possível. Coase reconhece a enorme capacidade de agentes autointeressados em encontrar as metas ótimas econômicas, mesmo que o direito determine coisas diferentes. Na impossibilidade de que os agentes encontrem o arranjo mais eficiente, então o direito deve patrocinar a eficiência. O direito será imprescindível sempre que o mercado, por falhas, não puder patrocinar a solução economicamente adequada.

O teorema de Coase tem um uso descritivo do direito – como ele é para o efeito econômico – e normativo – como o direito deveria ser para patrocinar de maneira eficiente o bem-estar. O jurista que usa o método do *Law and Economics* precisa identificar os obstáculos do direito no encontro da eficiência alocativa em um contexto relevante e propor como tais obstáculos devem ser superados, tanto suprimindo regulações ineficientes, deixando a solução do problema ao mercado, quanto propondo desenho legal ou hermenêutico de forma que a eficiência seja encontrada.

Neste capítulo, procurou-se verificar como a análise econômica do direito opera, ao conceder sentido à norma jurídica. De acordo com o padrão argumentativo das seções anteriores, optou-se por seguir a fórmula de comparar duas vertentes da linha de pesquisa objeto de estudo, a neoclássica irrestrita e a neoinstitucional restrita a contextos. Das duas retirou-se a base mínima dos métodos usados pela AED. Pode-se observar que ela é um instrumento importante para a argumentação consequencialista, mas que seus postulados normativos criam problemas de fundamentação final. Conforme salienta Neil MacCormick, quando compara a AED com a moral de Smith, observa-se uma perda de fundamentação moral, na medida em que a racionalidade instrumental do indivíduo, levada a extremos, ainda que tenha possibilidades explicativas importantes na economia, dá excessivo poder às negociações. Consequências econômicas são importantes na teoria econômica, mas, na ideia de Smith, não justificam ou fundamentam todo e qualquer direito.

Ao contrário, a tese de Posner reivindica que uma dada alocação ou distribuição de *qualquer* direito é justificado somente pelo critério econômico da eficiência para o fim da maximização da riqueza. Além disso, se entendo corretamente seu caso e o de Coase, tal eficiência é estabelecida por referência ao resultado ótimo de algum procedimento ideal de barganha.⁸⁴

⁸⁴ A tradução livre é feita baseada no original: “By contrast, Posner’s thesis holds that a given allocation or distribution of *any* rights whatsoever is justifiable only by the criterion of economic efficiency to the end of wealth-maximization. Moreover, if I understand his and Coase’s case correctly, such efficiency is established

A barganha entre indivíduos sem toda a informação relevante, com capacidade limitada para processá-la e sem um critério moral externo de correção, pode ser racional na criação do melhor saldo para elas mesmas, mas poderá ter efeitos adversos relativamente a certos valores sociais que não estejam vinculados ao bem-estar imediato dos envolvidos ou da própria sociedade, como ocorre na proteção do meio ambiente ou na vedação ao trabalho escravo. Há direitos que continuam seguindo padrões hermenêuticos que não pode ser associados a preços. Esse é o caso, por exemplo, de todo direito fundamental.

Supondo no primeiro caso que o afetado pela poluição com ela consiga conviver alienando seu direito ao ar puro ao industrial que causa a poluição por um determinado preço, e se isso indica o melhor saldo individual e social possível, na criação do bem-estar, está aí desconsiderado o interesse mais geral em manter o meio ambiente saudável. Além disso, uma análise estática desse tipo desconsidera outros fatores juridicamente relevantes como a concentração. Isso sem contar com o mais grave de todos os problemas: a desconsideração dos modelos pelos direitos fundamentais articulados no caso. Neste exemplo, o industrial tem mais condições de enfrentar os custos de transação e sair da compra dos direitos de poluir em vantagens completamente anacrônicas. Ademais, as partes, por suas barganhas, estariam indubitavelmente criando um problema social, a despeito do maior saldo agregado de produção encontrado. Ainda que as barganhas tivessem encontrado o ponto ótimo para alocação de recursos ou o ponto mais eficiente, não se pode deduzir que esse ponto seja de fato o melhor socialmente falando. Ele será o melhor no encontro de um equilíbrio de mercado, supondo que o direito à poluição fosse assimilável, em termos de valores morais, ao bem-estar.

No capítulo seguinte os fundamentos éticos da análise econômica serão avaliados tendo por referência as projeções externas do direito no mundo real, em termos de sentido justo.

by reference to the optimal outcome of some ideal bargaining procedure”. Neil MacCormick, *Legal right and social democracy: essays in legal and political philosophy*, p. 124 (grifo original).

CAPÍTULO 6

SENTIDO JURÍDICO CORRETO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No capítulo antecedente, pela descrição da análise econômico do direito, foi possível restringir sua aplicação a argumentos dedutivamente consistentes, por referência a contextos economicamente significativos. Esse aspecto interno é necessário, mas insuficiente para adequar argumentos econômicos no direito. Ele representa uma garantia de que casos análogos tenham decisões semelhantes, mas não é garantia de correção ou justiça. Como se disse antes, a perspectiva hermenêutica adotada neste trabalho reivindica que o sentido jurídico final seja justo, nem sempre estritamente ligado à eficiência e maximização do bem-estar. É possível que uma análise econômica seja consistente de um ponto de vista interno dedutivo ou lógico, mas não produza consequências justas esperadas.

A correção do direito com base em argumentação econômica será o último ponto a ser investigado. Não se pretende, por óbvio, discorrer aqui no final do trabalho, sobre concepções da justiça em geral, de forma extensa. Trata-se de lidar com a justiça em concreto, da forma como ela se apresenta nos discursos jurídicos contemporâneos e relevantes para o aspecto econômico: a redistribuição do produto social e a igualdade de oportunidades e rendas. As chances socioeconômicas de todos e de cada um têm que ser consideradas nas decisões jurídicas, em uma aplicação relevante do direito.

Para esse fim, recorre-se à análise econômica de julgados atuais em direito tributário no Brasil, pois a tributação é um ponto privilegiado para observar conflitos distributivos mais evidentes nas sociedades contemporâneas. Tais aspectos são preponderantes a respeito da interferência do Estado nas atividades econômicas particulares, afetando o que o direito entende por propriedade e sua transmissão.

Inicia-se pelas relações entre mercado e justiça, passando após às interferências da tributação sobre a propriedade, chegando à análise econômica de decisões judiciais em matéria tributária, evidenciando, ao final, a importância de argumentos econômicos no direito para a tarefa de construir elementos empíricos a respeito da justiça distributiva. Esta era a hipótese de partida do trabalho, sobre a relevância dos estudos direito e economia.

6.1 A justiça do mercado: o sentido da interferência estatal nas atividades econômicas

livres – Há pelo menos duas acepções políticas sobre a interferência do Estado na realização da justiça social pelo mercado, a libertária e a liberal. Elas concorrem sobre o padrão de justiça que se pode esperar pelo funcionamento de uma economia livre.

Para os libertários,¹ o mercado é fundamentalmente uma instituição social de troca de informações, onde os agentes em interação social as colhem e as processam para optar por um curso ou outro de ação. Os agentes devem ter, então, o máximo de liberdades individuais. O resultado da interação livre, pelos próprios mecanismos de mercado, serão os melhores socialmente possíveis ou os mais eficientes.² Por isso mesmo, toda interferência estatal nessas liberdades individuais básicas, inclusive tributação para ações diretas de governo ou redistribuição aos menos favorecidos, são moralmente indevidas por princípio e devem ser justificadas de maneira especial. A regra para os libertários é levar ao extremo a ideia de liberdade individual ou direito de não interferência sobre as propriedades, pois essa interferência impede o mais elementar de todos os direitos: o direito do agente sobre si mesmo.³ Com bases heurísticas focadas estritamente no indivíduo livre, a tese libertária não cede a qualquer obrigação moral de natureza especial, como a que se tem com parentes, amigos ou quaisquer outros cidadãos que participem da comunidade política. Os libertários não aceitam uma estrutura estatal que se situe além do mínimo. Em outras palavras, o estado só existirá na medida em que patrocinar segurança para os direitos morais elementares e não objetáveis de cada cidadão, correspondentes à propriedade de si, à posse individual do homem livre.

A tese libertária é erroneamente confundida com um tipo de conservadorismo fundamentalista, em voga até pouquíssimo tempo atrás, cujos argumentos não são muito mais do que pregação visionária, de base ideológica, duvidosa, e que

¹ Dois autores serão guia para argumentar sobre o libertarismo: Robert Nozick e Friedrich A. von Hayek; o primeiro como defensor dos direitos morais básicos à existência livre, dependente de posses, e o segundo defendendo que os poderes econômicos disseminados entre os indivíduos constitui segurança máxima contra a servidão. Sobre as duas concepções, passíveis de aproximação, ver Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 120-121.

² “Normalmente se considera que libertários são aqueles que defendem, entre outras coisas, a vigência de um mercado sem regulação alguma, e, paralelamente, um direito de propriedade muito forte e inviolável.” No original: “Normalmente se considera que libertarios son aquellos que defienden, entre otras cosas, la vigencia de un mercado sin regulación alguna, y, paralelamente, un derecho de propiedad muy fuerte e inviolable”. Eduardo Rivera López, *Presupuestos morales del liberalismo*, p. 31.

³ É surpreendente que o problema da propriedade de si tenha sido tão pouco explorado no pensamento jurídico e político brasileiro. O indivíduo visto como agente apresenta os problemas mais significativos sobre a igualdade material. G.A. Cohen, *Self-ownership, freedom and equality*, p. 209-228. Richard Taylor, *Human agency and Language*, Volume 1: Philosophical Papers, p. 97-114.

defende a restauração de valores tradicionais, de maneira confusa. O contrário destas acepções, o libertarismo é um ponto de partida que fornece aquilo que se pode ter como a posição consistente mais extremada a favor da mínima interferência estatal na órbita de ação do indivíduo, privilegiando ao máximo a liberdade expressa na propriedade. Dois autores serão base da explanação, Robert Nozick e Friedrich A. Von Hayek.

O pensamento nuclear de Hayek a respeito do tema da justiça do mercado está relacionado à informação. Por isso, Hayek, embora advogando proposições libertárias, o faz em um grau mais próximo do utilitarismo, ao expressar que a liberdade individual é um valor social importante – entre outros valores importantes – restritivo da ação estatal.⁴ Essa liberdade é assegurada por meio da propriedade. Com a propriedade privada, os agentes manteriam o poder econômico protegido da interferência estatal. O Estado, se acumulasse riquezas como o particular, passaria a um tipo de despotismo, dado ser essa a sua lógica natural de ação, em termos ricardianos. Para Hayek, o máximo que uma autoridade política pode fazer é implementar uma justiça procedimental ou alguma concepção alternativa de uma justiça procedimental. A autoridade não teria informação consistente para fazer qualquer outra coisa. Sua lógica de ação socialmente esperada não poderia ir além disso. Por outro lado, o mercado, que depende da transmissão das propriedades individuais, leva o autor à preocupação fundamentalmente informacional ou sobre a interação econômica como um processo de colheita de informações. Hayek expõe um padrão de justiça pelo qual o valor da ação de um agente é dado pelos outros agentes nas interações econômicas em mercado. Os erros de avaliação de colheita e processamento de informações relevantes é que provocam os equívocos. Nesse sentido, Hayek parece defender o melhor social em uma justiça procedimental perfeita, inalcançável, entretanto, por problemas informacionais. Como se vê, Hayek parece ceder à ideia de que mesmo o valor percebido da ação muitas vezes não chega a ser corretamente quantificado por ausência ou erro de avaliação de informações.⁵ Para Hayek, portanto, se a ordem natural

⁴ “Que a principal preocupação do setor público deva ser direcionada não a necessidades particulares reconhecidas, mas às condições para a preservação de uma ordem espontânea que propicia indivíduos prover suas necessidades de maneira desconhecida para a autoridade, foi sempre uma idéia clara na história.” No original: “That the prime public concern must be directed not towards particular known needs but towards the conditions for the preservation of a spontaneous order which enables the individuals to provide for their needs in manners not known to authority was well understood through most of history”. Friedrich A. von Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 2.

⁵ Como se vê, Hayek parece ceder à concepção de que mesmo o valor percebido da ação muitas vezes não chega a ser corretamente quantificado pela ausência de informações, requerendo algum tipo de correção. Daí Nozick objetar à tese nuclear de Hayek: “Hayek mesmo sugere um padrão que ele pensa ser justificável: distribuição de acordo com o benefício percebido por outros, deixando aí espaço para a reivindicação de que

das interações sociais garantiria a justiça dos resultados, é fato que este ideal não pode ser atingido pela ausência de informações completas e pela capacidade limitada de processá-las. Assim, o estado hayekiano não precisa ser necessariamente o menor absoluto, mas somente um mínimo que consiga eficientemente ultrapassar essa limitação informacional.

Nozick é mais fiel aos pressupostos normativos do libertarismo. Se o indivíduo é a base cognitiva única, então esta premissa não pode ser abandonada. O autor, por isso, passou a ser o caso mais radical a respeito da única justiça social possível: a do mercado. Os debates com as proposições contemporâneas sobre o capitalismo iniciam-se ou passam necessariamente pelos argumentos do autor.⁶ Para Nozick, o direito à liberdade individual e à propriedade é uma proposição moral deontologicamente forte e independente de qualquer consideração consequencialista. Para o autor, liberdade individual e propriedade são direitos absolutos que só podem ser restringidos por argumentos morais também deontologicamente fortes ou robustos o suficiente para afastá-los. É que liberdade e propriedade decorrem de um elemento de fácil e clara observação: a existência individual do homem, que busca subsistir. Qualquer proposição diferente implicaria afirmações metafísicas e nada esclarecedoras. O indivíduo quer, por natureza, por instinto, sobreviver e para isso tem que superar as carências permanentes de recursos.

A tese de Nozick desenvolve-se sobre os seguintes fundamentos: (a) liberdade individual é um valor deontologicamente forte e decorre da constatação evidente de que seres humanos são independentes uns dos outros, que existem e têm vontades diferentes; (b) homens com consciências diferentes só podem existir politicamente se tiverem perfeito domínio livre de si; (c) a liberdade individual é preservada contra interferências de outros indivíduos ou da coletividade mediante a propriedade absoluta de si e dos recursos adquiridos legitimamente pelos agentes; (d) a aquisição da propriedade ocorre por meio de transações livres em mercado e se reportam à aquisição original; (e) os resultados das transações livres – feitas em regime de mercado – serão as mais justas, no sentido de que serão as melhores socialmente possíveis.

uma sociedade livre não concretiza exatamente seu padrão”. No original: “Hayek himself suggests a pattern he thinks justifiable: distribution in accordance with the perceived benefits given to others, leaving room for the complaint that a free society does not realize exactly his pattern”. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 158.

⁶ Como no caso de G.A. Cohen: “O capitalismo que Nozick advoga é bem mais puro do que aquele que se tem hoje em dia. Nele, não há tributação para o bem-estar social e ele permite graus de pobreza e desigualdade bem maiores do que os apologistas das sociedades burguesas contemporâneas estariam dispostos a defender”. No original: “The capitalism Nozick advocates is more pure than the one we have today. It lacks taxation for social welfare, and it permits degrees of poverty and of inequality far greater than most apologists for contemporary bourgeois society would now countenance”. *Self-ownership, freedom and equality*, p. 19.

Esses fundamentos precisam de uma teoria da titularidade, que afirme como ocorrem as aquisições originais, teoria que se reporta a um princípio de transferência, um princípio de aquisição original justa e um princípio corretivo das aquisições injustas.⁷ Os fundamentos e princípios podem ser resumidos no famoso argumento intuitivo, denominado exemplo de Wilt Chamberlain, um famoso jogador de basquetebol.⁸ Supondo uma distribuição de bens inicial qualquer entre os membros de uma sociedade e supondo que uma certa quantidade de pessoas – de um milhão – resolvesse assistir a todos os jogos em que Chamberlain atuaria, atraídos por sua excelência, depositando, no momento da aquisição do ingresso uma moeda de vinte e cinco centavos de dólar, que seria de Chamberlain por força de um contrato, supondo por fim que ao final da temporada o jogador tivesse duzentos e cinquenta mil dólares, quantia muito superior à que outras pessoas teriam, pergunta-se se é legítimo o valor amealhado e se Chamberlain poderia reter a totalidade do dinheiro ganho. A resposta de Nozick é obviamente afirmativa: a aquisição original do jogador é legítima, fruto de interações entre indivíduos livres e conscientes. Se Chamberlain pode cobrar e se todos decidiram pagar, então a aquisição é legítima e não há nada que se possa fazer para evitar a concentração ocorrida pela habilidade do agente. A conclusão é de que a titularidade original legítima passa às transferências daí originadas as mesmas qualidades. Ao Estado nada adiantaria recorrer à redistribuição. As disparidades se iniciariam logo que a redistribuição fosse feita.⁹ Em larga medida, a liberdade é incompatível com a igualdade, pois as desigualdades seriam imediatamente restauradas.

Entretanto, a tese da aquisição original tem uma falha elementar: o intuicionismo do exemplo pode ser contraposto também intuitivamente pela tributação, que financia ao menos um sistema em que o contrato de Chamberlain pudesse ser cumprido. E

⁷ “Se o mundo fosse totalmente justo, a seguinte definição indutiva cobriria exaustivamente o assunto da justiça quanto às posses. 1. Uma pessoa que adquire uma posse de acordo com o princípio da aquisição de posses legítima é detentora daquela posse. 2. Uma pessoa que adquire uma posse de acordo com o princípio de transferências justas de alguém que detém a posse legítima terá, ela também, legitimidade à posse adquirida. 3. Ninguém tem direito legítimo à posse salvo se aplicados os dois itens precedentes.” No original: “If the world were wholly just, the following inductive definition would exhaustively cover the subject of justice in holdings. 1. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in acquisition is entitled to that holding. 2. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in transfer, from someone else entitled to the holdings, is entitled to the holding. 3. No one is entitled to a holding except by (repeated) applications of 1 and 2”. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 151.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 161-162.

⁹ “O ponto geral estampado no exemplo de Wilt Chamberlain e no do empresário em uma sociedade socialista é que nenhum princípio final ou princípio padronizado de justiça distributiva pode ser realizado sem a contínua interferência na vida das pessoas.” No original: “The general point illustrated by the Wilt Chamberlain example and the example of the entrepreneur in a socialist society is that no end-state principle or distributional patterned principle of justice can be continuously realized without continuous interference with people’s lives”. Idem, p. 163.

a tributação tem e sempre teve exatamente esse fim, de participação coletiva na riqueza gerada. Por isso, a afirmação de que o jogador pudesse reter absolutamente toda a renda obtida dependeria de que a propriedade fosse exclusiva sua, da qual Estado ou qualquer outra pessoa não tem o direito de participar. No entanto, sem distribuição, a renda concentrada proibiria outros ganhos, dado que a tendência seria de privação absoluta para muitos e de abundância extrema para poucos. Se não houver redistribuição, a lógica da liberdade individual levaria à carência de recursos para a troca, fazendo perecer a liberdade defendida.

De qualquer forma, para o libertarismo, a propriedade legítima do indivíduo é moralmente só dele, daí decorrendo que a posição libertária evita o argumento sobre obrigações relativas às outras pessoas. Ademais, não se deve esquecer que um Estado, por mínimo que seja, implica redistribuição, dada a natureza coletiva das receitas estatais. O cidadão só paga de forma muito grosseiramente aproximada pelos benefícios que obtém da atividade estatal. Não é demais lembrar que redistribuição tem precisamente o efeito corretivo sobre aleatoriedade de alguns resultados naturais indesejados, seja pelos custos sociais envolvidos, seja pela injustiça. Mas há um argumento analiticamente mais forte contra o princípio da aquisição original. Ele refere-se à legitimação da retenção pelo homem de coisas que não pertenciam especificamente a ninguém.

De fato, a propriedade de si mesmo propõe que o resultado da atividade deve ser apropriado por quem a gerou. Dado o indivíduo, então o argumento moral de que ele tem direito sobre o resultado de sua ação é forte. No entanto, para gerar o que quer que seja, há envolvimento de bens que estão na natureza e que são apropriados pelo resultado do agir na tese de Nozick. Isso leva à necessidade de algum argumento que justifique as aquisições originais dos bens que não pertenciam a ninguém antes da aquisição original. O problema é o seguinte: não se questiona aqui se, por exemplo, uma indústria de embalagens metálicas, extratora de seu próprio minério, tem direito às embalagens que ela fabrica, mas se ela tem um direito absoluto às latas produzidas, mesmo considerando que as latas têm metais que estavam na natureza e que não eram, originalmente, de ninguém em especial, ou melhor, que eram de todos. Para explicar a aquisição original, Nozick argumenta conforme a cláusula lockeana, segundo a qual qualquer bem comum pode ser apropriado por uma única pessoa, se restarem para os demais bens semelhantes em quantidade e qualidade. É o chamado critério do suficiente e igualmente bom, a invocar, mais uma vez, uma história de apropriação natural, por vezes incoerente. E se não restarem

outros bens, após as apropriações originais para os demais? E se os bens que restarem não forem da mesma qualidade? Nesse caso, a apropriação seria ilegítima, fato que contaminaria toda a cadeia de aquisições – e consequentemente todas as transações em mercado – que garante a existência de um critério de justiça natural.

Para tentar dar uma resposta a esses problemas, Nozick elabora a interpretação de Locke, sob o argumento da melhoria. Por ele, não é necessário que restem exatamente bens iguais ou semelhantes, mas que a apropriação original patrocine uma melhora para quem se apropriou e para aquele que não se apropriou de nada. Da nova situação, os que não puderam se apropriar devem ficar em melhor situação ou ao menos igual à situação pré-apropriação.¹⁰ Assim, as aquisições originais se legitimam se a situação resultante não piorar em relação à situação prévia.

Mas contra essa formulação cabem duas outras objeções analiticamente inatacáveis: como a situação pode não piorar se aquele que não se apropriou de nada deverá necessariamente obedecer aos que se apropriaram para sobreviver? Isso não seria acaso uma forma de perda da propriedade de si?

Contra essas críticas Nozick parece não conseguir construir argumentos consistentes. De um lado, a aquisição original justificar-se-ia pela igualdade substantiva entre todos: só estaria justificada a aquisição que se realizasse tendo por referência possibilidades reais de aquisição semelhante pelos demais. Pois, se assim não fosse, então seriam necessárias concordâncias expressas permanentes dos que nada adquiriram. Como o esquema é de justiça procedimental, então as regras do jogo têm que ser obedecidas logo de início, sob pena de macular todas as aquisições posteriores. E isso não é admitido pela tese libertária, sob o argumento de que as concordâncias jamais seriam atingidas, travando o procedimento.

Uma vez adquirida a primeira propriedade por alguém, os que nada adquiriram só podem reivindicar uma igualdade formal perante os demais, dado que a posse de si mesmo já valeria aí menos do que valia antes das aquisições. Retornando ao exemplo da fábrica de embalagens metálicas, a apropriação das matérias-primas naturais que estão nos produtos ou dos componentes do mundo externo apropriados pela fábrica só se legitima se os operários da fábrica tiveram oportunidade substancial de se apropriar dos mesmos bens, uma vez que seria pouco ou nada provável sua concordância. Após a

¹⁰ “A cláusula de Locke de que haja ‘o suficiente e de mesma qualidade deixada em comum para os outros’ (seção 27) dirige-se à segurança de que a situação dos demais não piore.” No original: “Locke’s proviso that there be ‘enough and as good left in common for others’ (sec. 27) is meant to ensure that the situation of others is not worsened”. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 175.

apropriação, tudo o que os operários podem reivindicar como esquema de justiça é tratamento formal igual ao dado à fábrica, dado que esta estará em condições de exigir do operário a alienação da propriedade de si mesmo, o que é extremamente contraditório no esquema procedimental de justiça libertário, pois haveria sempre uma alienação da liberdade de alguém.

Até aqui foi questionado o caráter deontológico da tese libertária, seguindo o argumento de que a aquisição original justifica-se pela interpretação de Nozick sobre a cláusula lockeana, segundo a qual a apropriação é justa sempre que não piore a situação dos que nada adquiriram originalmente. Nesse caso, a justificativa depende de certos resultados: ninguém pode estar pior após a aquisição original do que estava antes dela. Aí a propriedade, embora não tendo explicitamente o fim de melhorar a posição do máximo de indivíduos, só se justifica se aos desprovidos restar mais do que a alienação de si. Mas isso não será possível, pois em algum momento nada haverá para adquirir originalmente. Nozick responde à questão de forma um tanto circular e inconclusa: a cláusula lockeana só afasta a justificativa da propriedade pelas consequências. Dito de outro modo, não é necessário que o adquirente busque maximizar satisfações alheias. Basta que a situação dos desprovidos, depois da aquisição, seja potencialmente tão boa quanto a anterior à aquisição.¹¹

Essa é uma forma bastante diferente de enfrentar o problema em relação ao utilitarismo, porque, neste último caso, a aquisição justifica-se pela melhoria de bem-estar de todos. Nesse sentido é que o utilitarismo oferece condições comparativas diferentes da deontologia libertária, que reivindica um direito moral absoluto à propriedade.

A visão libertária parece, assim, vincular justiça aos procedimentos do mercado. Mas a tese falha em especificar as regras do procedimento. Só a liberdade do indivíduo de posse de si mesmo e das coisas por ele apreendidas não esclarece muita coisa, pois não há nessa liberdade qualquer compromisso com a necessidade dos outros ou da coletividade. Por isso, a tese libertária não lida com direitos fundamentais para as sociedades contemporâneas. Por último, ao defender o direito moral absoluto de propriedade e de liberdade, o libertarismo se esquece de que a instituição propriedade não é um direito de natureza, mas uma construção teleologicamente orientada.

Algumas opções políticas alternativas poderiam chegar aos mesmos pontos libertários, por caminhos completamente diferentes ou chegar a conclusões antagônicas,

¹¹ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 177.

partindo como premissa de direitos fundamentais diferentes da propriedade. Por exemplo, não é totalmente impossível imaginar um esquema anarquista de mercado ou um estado de quase natureza, sem a existência de estado algum. A teoria não deixa claro, além disso, de que mercado se está falando, pois, deixado a si mesmo, o mercado, por suas falhas, fatalmente irá derrocar,¹² como ficou claro na recente crise financeira originada de produtos (derivativos) denominados pela mídia de tóxicos. Por último, a tese libertária apresenta contradições sobre sua base mais imponente: o agente dono de si mesmo. Se o que vale, se o que é correto são os resultados de transações em mercado com propriedades, então o sistema de justiça libertário falha completamente em descrever como se justificam as aquisições originais, elemento fundamental para admitir a legitimidade das transações. Portanto, a ênfase excessiva no peso da liberdade individual como estrutura inerente ao agente dono de si não consegue esconder onde está o ponto mais delicado do libertarismo: sua desconsideração por uma tese consistente da igualdade humana¹³. O libertarismo oscila de maneira imotivada entre igualdade formal pós aquisições originais e igualdade substantiva dos indivíduos pré aquisições originais.

A tese central libertária de Nozick não corresponde, assim, a um conceito forte o suficiente para se impor racionalmente. A de Hayek, de outra parte, é politicamente fraca, pois refere-se só ao mercado como ambiente formador da informação relevante. Seria um tanto sem sentido afirmar que as aspirações ao justo se limitem a um ponto como esse. Se o problema é informação, certamente que o mercado a pode dar, mas disso não se deduz que o mercado tenha que ser privilegiado como ambiente justo.

Para rebater essa concepção política libertária, o utilitarismo faz uma defesa *ad hoc* do mercado. Na realidade, o utilitarismo defende esquemas de mercado porque eles são a forma mais eficiente de alcançar o máximo de satisfações individuais, patrocinando o máximo bem-estar ou a máxima satisfação. Nesse sentido, o utilitarismo é uma regra não deontológica sobre o mercado, que é útil como meio satisfativo de necessidades dos indivíduos agregados por alguma fórmula. Sobre o utilitarismo já se falou o suficiente e, quanto a este aspecto mais geral, no capítulo 2, esclareceu-se a posição utilitária em termos

¹² Essa é a ideia central de Cass Sustein, defendendo a análise econômica do direito sob a luz da racionalidade limitada. Para ele, o “laissez-faire” é um mito e não corresponde à realidade do mercado natural. Não há mercado natural, mas mercado construído pelo direito. Não há sociedade sem distribuição. Direito conforma o mercado, direciona escolhas. Normas sociais determinam condutas. Diversidade é fundamental para a existência de sociedades plurais. Todos estes aspectos têm que ser considerados pela AED. *Free Markets and Social Justice*, p. 5-7 e 151-165.

¹³ Bruce Ackerman sustenta que as reivindicações não neutras não podem ser admitidas. A liberdade implica que as reivindicações individuais só se reconhecem se baseadas em argumentos que possam ser generalizados a todos, inclusive contra quem lançou o argumento. *Social Justice in the Liberal State*, p. 168-170.

políticos e suas falhas mais relevantes: a desconsideração por direitos fundamentais dos cidadãos em nome da maximização das satisfações e a sua pressão excessiva sobre o agente pelos resultados da ação correta dele esperada. Além disso, o utilitarismo teria também ao menos um aspecto deontológico: a maximização do bem.

O utilitarismo é respondido por teses liberais denominadas igualitárias. Elas reivindicam em geral que o bem-estar e a liberdade do indivíduo sejam valores importantes, mas não absolutos, e que, por isso mesmo, tais valores devem encontrar proteção adequada em um esquema social que tenha por referência a justiça. O liberalismo igualitário tem então na redistribuição algo factível e desejável, pois é sensível às contingências e infortúnios pessoais, às diferenças imotivadas de dotações, às obrigações relativas e aos esquemas endógenos de valores. O liberalismo encara esses valores recorrendo à uma moralidade política que admite e até exige obrigações relativas para com os outros, porque a injustiça a todos atinge e não repará-la seria arbitrário¹⁴. Por isso, o igualitarismo não se preocupa com o tamanho do Estado ou com as liberdades absolutas, mas com a efetiva possibilidade de todos optarem pelos próprios projetos pessoais. A questão liberal igualitária é então dar condições de estabelecer os esquemas de justiça mais adequados para as distribuições de oportunidades e recursos entre todos.

O projeto igualitário mais conhecido e ao qual todos os filósofos políticos acabam respondendo é o de John Rawls. O autor pretendeu, com a publicação de *A Theory of Justice* em 1971, reunir de forma sistemática as concepções de justiça contrárias ao utilitarismo, tese predominante no ambiente anglo-americano àquela época e desde o séc. XIX. As objeções ao pensamento utilitário acima são tratadas conjuntamente por Rawls, na medida em que expande o imperativo categórico kantiano, além do requisito de universalização normalmente admitido pelo utilitarismo. Os dois pontos tocam na formulação de princípios de justiça que sejam racionais não só no sentido da escolha racional, mas que também obedeçam a critérios de formatação kantiana. Este é um ponto ao qual Rawls relaciona sua teoria ao liberalismo, em oposição a um conteúdo final determinado, como seria o feito do utilitarismo, que vincula a adequação da ação aos resultados úteis na agregação de utilidades. “Como uma visão kantiana, justiça como

¹⁴ A dependência da distribuição para garantir a todos uma vida digna é um problema permanente e que não cessa com uma só tacada. Celso Lafer já apontava em pleno milagre econômico a necessidade de distribuição. Ensaio sobre a Liberdade, p. 123 e ss. Essa mesma preocupação permaneceu no horizonte de Celso Lafer, como se vê de sua ligação entre a efetividade de direitos econômicos e os direitos humanos. Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 47-55.

equidade aceita a suposição liberal.”¹⁵ Para Rawls, o utilitarismo não está em plena sintonia com princípios liberais, precisamente porque reivindica do indivíduo algo mais que uma opção racional própria livre. O utilitarismo dirige a ação racional para a produção de utilidade, o fim da atividade social. Neste sentido, o utilitarismo reinventa uma ética de conteúdo, ainda que largamente indeterminado: o fim social de produção de saldo de satisfação. Ora, o que qualifica esse bem acima da justiça? Não há aparentemente uma resposta utilitária muito convincente para a pergunta.

Sociedades bem ordenadas têm fundamento em princípios de justiça que todo ser racional, livre e igual admitiria como válidos, não para salvaguarda de algum bem-estar, visto como fim. O ser racional, livre e igual admitiria tais princípios para manifestar precisamente sua liberdade, sua igualdade e sua racionalidade, que mesmo hipotética e originalmente reconheceria. Por consequência, todos os outros entes dispostos à cooperação também procurariam garantir essas mesmas qualidades e garantias. Os princípios seriam autoimpostos por seres racionais livres,¹⁶ que os escolheriam, se desconhecêssem as contingências reais de suas vidas e os resultados particulares a que tais contingências poderiam os levar. A fórmula hipotética de explicar a sociedade justa parte do contrato em que os homens estariam nessa posição original, sob a metáfora do véu de ignorância, que os deixaria ver somente sua racionalidade, sua igualdade e sua aspiração à liberdade. Por isso, os princípios de justiça são como os imperativos categóricos kantianos,¹⁷ ao contrário da formulação utilitária, que pressupõe, do ponto de vista da leitura de Rawls sobre a moralidade kantiana, um esquema mais parecido com imperativo hipotético, dado que dirigido a circunstâncias finais passíveis de conhecimento prévio e dirigidas a um fim determinado, a criação de utilidade. Por meio do véu de ignorância, que dá expressão à individualidade racional do homem livre e igual, desprovido de contingências, o homem escolhe racionalmente a sociedade justa que o acolha como tal, em sua dignidade.

Nessas condições hipotéticas, prevaleceriam os dois conhecidos princípios de justiça rawlsianos, que devem ser respeitados em ordem denominada pelo autor de lexical. Primeiro, deve-se assegurar um esquema de liberdades básicas iguais compatíveis

¹⁵ No original: “As a kantian view, justice as fairness accepts the liberal presupposition”. John Rawls, *Social unity and primary goods*, p. 160.

¹⁶ John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in A. Sen e B. Williams, *Utilitarianism and Beyond*, p. 160.

¹⁷ Os princípios de justiça são também imperativos categóricos no sentido kantiano. Originalmente se lê: “The principles of justice are also categorical imperatives in Kant’s sense”. John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 253.

para todos. Segundo, as desigualdades só se justificam se (a) melhorarem a situação dos menos afortunados, e (b) cargos e posições têm que estar abertos equitativamente a todos.¹⁸ O primeiro princípio não oferece maiores problemas e é praticamente consensual para o liberalismo.¹⁹

Já o segundo princípio levanta alguns problemas. O princípio de diferença ou *maximin* postula que desigualdades se justificam se delas decorrerem melhorias econômicas e sociais para os menos privilegiados na escala social. Normativamente, o princípio de diferença determina que arranjos sociais básicos tenham uma função de igualdade e não de soma de bem-estar. A preocupação é a de que a cooperação e o contratualismo não se expliquem por saldos agregados de bem-estar, mas pela igualdade fundamental de oportunidades ao bem-estar. Dado que o bem-estar agregado não é a função que fundamenta a sociedade bem-ordenada, então a eficiência, como proibição de piora de qualquer situação, pode ceder perante a igualdade. Por isso, a proposta igualitária de Rawls troca bem-estar agregado por igualdade de oportunidades para o bem-estar, tendo por referência bens primários, aqueles imprescindíveis para qualquer pessoa que optar pelo que entender melhor para si. E isso se reflete naturalmente não só no modelo de contratualismo hipoteticamente visto sob o véu de ignorância, mas sobre a cooperação.²⁰

Entretanto, os princípios de justiça e a forma contratual rawlsianos deixam dois pontos omissos, com a atribuição de bens primários: como resolver os problemas de estímulo para a ação e como atribuir menor valor às dotações iniciais naturais? É possível que as necessidades específicas de uma pessoa deficiente não sejam contempladas no princípio *maximin*, pois ele não afirma como certos resultados morais não meritórios devam ser equilibrados, já que o véu de ignorância não permitiria ver as contingências da vida real. Tampouco Rawls esclarece como resolver o problema da motivação, decorrente de que alguns mais esforçados devam pagar pelas opções de outros que escolhem não

¹⁸ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 60-61.

¹⁹ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 68.

²⁰ “A cooperação social não é somente a atividade social eficientemente coordenada para um fim social médio. Antes, ela pressupõe uma noção de termos equitativos da cooperação, que todos os participantes poderiam razoavelmente aceitar no curso de toda a vida; ela também pressupõe que participantes tenham diferentes fins que queiram livremente perseguir e que esses fins determinam cada bem pessoal. Justiça como equidade vê cada pessoa como alguém que pode e deseja tomar parte na cooperação social para aproveitamento mútuo.” No original: “Social cooperation is not merely coordinated social activity efficiently organized for some overall collective end. Rather it presupposes a notion of fair terms of cooperation which all participants might reasonably be expected to accept over the course of a complete life; it also presupposes that participants have different final ends they wish to advance, and that these ends specify each person’s good. Justice as fairness regards each person as someone who can and who desires to take part in social cooperation for mutual advantage”. John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in A. Sen e B. Williams, *Utilitarianism and Beyond*, p. 164.

produzir. Esses problemas são conhecidos como sensibilidade à ambição e insensibilidade à dotação, que Dworkin procura resolver. No fundo, o problema se refere à resolução do desestímulo que o igualitarismo liberal provoca para os mais produtivos por dotes naturais genéticos, e como evitar que esses mesmos dotes sejam preponderantes nas atribuições de direitos.²¹

Dworkin reelabora os termos igualitários de Rawls, perguntando-se sobre um *equalisandum* conveniente: em que dimensões cidadãos podem ser tratados politicamente como iguais? A igualdade, normativamente, reformula-se para indagar sob quais aspectos as pessoas devem ser tratadas como iguais em uma sociedade democrática. A resposta é bastante complexa. Dworkin elabora sua tese da igualdade sobre recursos e não sobre bem-estar e por isso pode ser considerado *resourcista*, pois o *equalisandum* que vale é o de acesso a recursos sociais escassos, mas que estão à escolha de todos. Recursos e oportunidades determinam o bem-estar, de forma objetiva pela escolha do sujeito. Não há uma preocupação persistente aí na satisfação de preferências, como ocorreria no *welfarismo*, mas na possibilidade de escolha por bens e oportunidades sociais abertos a todos. Em outras palavras, a igualdade tratada por Dworkin não é a satisfação, mas a abertura permanente de oportunidades equitativas a todos sobre os recursos sociais.²² Por isso, a igualdade prescinde de métricas interpessoais e não pode ir em direção aos bens primários de Rawls. Na realidade, o que conta para a igualdade é que todos tenham igual acesso aos bens e oportunidades e isso implica somente diferenciar os que foram afetados pela sorte bruta e evitar que os mais produtivos não se desestimulem pela participação dos demais em seu produto. O esquema dirige-se ao problema das dotações, já encarados pela economia do bem-estar. O que se faz com as dotações, permanecem sendo uma escolha individual e como tal deve ser tratada.

Dworkin elabora sua teoria em desenvolvimento a Rawls pensando em um desdobramento do contrato rawlsiano, que ele aparentemente endossa, mas observando que esse contrato tem que descer de alguma forma às escolhas que as pessoas fazem com seus recursos ou dotações iniciais em busca de novos recursos. A explicação de Dworkin é um leilão hipotético em que os agentes podem fazer escolhas um pouco mais conscientes de

²¹ Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, p. 98.

²² “Se eu estiver certo nos vários argumentos que fiz aqui, então a igualdade de bem-estar não é coerente ou um ideal atrativo, como ele é frequentemente visto. Nós, portanto, temos razões para considerar com alguma atenção o ideal alternativo de igualdade de recursos.” No original: “If I am right in the various arguments I have made here, then equality of welfare is not so coherent or attractive an ideal as it is often taken to be. We therefore have reason to consider with some care the alternative ideal of equality of resources”. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, p. 62.

suas circunstâncias. O véu de ignorância fica mais transparente e deixa o agente reconhecer suas aptidões gerais.

Assim, o autor supõe uma dotação inicial igual para todos e que todos se voltem para um leilão onde lançam para adquirir novos recursos, reconhecendo seus potenciais. As assunções do autor são a dotação inicial e a possibilidade de exercício de opções. Com isso, os agentes passam pelo teste de inveja²³ ou pela tentação de preferir subjetivamente o que os demais adquiriram (preferências por cestas de bens alheias). Como o diferente resultado do leilão reflete somente as diferentes aspirações de cada um, a hipótese representa possivelmente aquilo que mais se aproxima de um ideal de justiça liberal. Logo, as escolhas e os méritos das escolhas para os agentes ficam protegidos. Ninguém estaria obrigado a qualquer transferência por opções não consistentes. O indivíduo retém os resultados de suas próprias opções, resolvendo aí o problema motivacional antes exposto. A questão dos infortúnios pessoais, como deficiências geradas pela loteria genética, é resolvida por um seguro, também hipotético, aberto a todos e que todos poderiam providentemente usar com suas próprias dotações. Dworkin, pelo dispositivo do seguro, resolve uma questão moral muito significativa para o liberalismo: as circunstâncias da vida afetam a capacidade de qualquer um perseguir seus próprios objetivos e, portanto, têm que ser parte das considerações morais de todos. A busca dos fins de cada um é uma preocupação de todos e, por isso, os efeitos dos infortúnios devem ser responsabilidade de todos e de cada um.

Há em Dworkin espaço para ambição e preferências, ainda que contidas pela relativa insensibilidade de sua fórmula à dotação, que seria igualitária, pois todos teriam os mesmos recursos para lançar em leilão. Não é possível igualdade total porque os indivíduos diferem em interesses, aptidões genéticas e sociais e méritos, conforme a imagem do leilão expressa. Nem é possível atender aos problemas da insensibilidade às dotações e sensibilidade à ambição de forma plena concomitante: quanto mais se chega próximo de solucionar um destes problemas, mais aumenta o outro.

Não é difícil ver que Dworkin trata com duas formulações políticas liberais bastante conhecidas: em primeiro lugar o autor elabora dotações e redistribuições por políticas de transferência de rendas e também com a ideia de seguro social, ambos requerendo elevadas contribuições dos cidadãos. Para o igualitarismo liberal, a propriedade não vai muito além dos bens de uso pessoal, desde Rawls, que assim já reconhecia a

²³ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, p. 68.

propriedade individual contida aos bens de uso estrito do próprio indivíduo. Todo o resto está sujeito à redistribuição permanente sob a forma de dotações aos agentes que os usarão livremente. Mas já em Dworkin as obrigações que todos têm diante dos demais se limitam a tributações que não escravizem os contribuintes e de modo a não anular as ambições pessoais. Os problemas em Dworkin referem-se ao nível desejável de tributação. O autor sugere transferências ao Estado. Mas o nível de transferência é arbitrário, no sentido de que não tem qualquer base empírica ou normativa. Ademais, a resposta de Dworkin de tributar os mais ricos, embora seja intuitivamente verdadeira, tem problemas analíticos, pois se foram asseguradas as retenções sobre o produto do esforço individual, em resposta ao problema da sensibilidade à ambição e, ao mesmo tempo, forem redistribuídos tais bens em resposta à insensibilidade à dotação, então é necessário reconhecer que o montante e a origem dos bens a serem redistribuídos importam. E esse aspecto deveria ser desenvolvido por critérios morais explícitos, em geral não encontrados claramente nas teses igualitárias. Todos esses pontos estão ainda em desenvolvimento. A eles se retornará mais adiante.

Por ora, basta ter em mente que um esquema redistributivo é necessário tanto quanto o mercado, pois este falha como justiça procedimental. O mercado gera resultados morais arbitrários, porque não justificados moralmente. Daí ser necessária a intervenção de uma estrutura não de mercado, para assegurar, permanentemente, a satisfação de necessidades, de modo que todos tenham sempre condições de participar dos jogos de mercado. Essa intervenção é sempre feita pelo Estado, que arrecada fundos para redistribuição (além dos fundos necessários à existência da organização estatal, obviamente). Tributação é, desta maneira, um elemento fundamental de intervenção estatal nas propriedades individuais, que deve ter algum sentido moral que ultrapasse só a existência do Estado. Esse será o assunto da próxima seção: as alterações no conceito de propriedade operadas pela tributação, que sempre tem fins redistributivos nos ambientes políticos atuais.

6.2 O conflito artificial entre propriedade e tributação – A questão que se enfrentou antes é relativa aos esquemas de justiça que nascem da ideia de mercado como ordem natural reguladora das atividades de agentes livres ou indivíduos em exercício de suas liberdades básicas. Viu-se que a resposta mais adequada não é considerar o mercado como um ambiente que produza automaticamente a justiça distributiva e que esta é um ponto importante para a cooperação ou coesão social. Por isso, todos têm obrigação moral de

contribuir não para um estado mínimo, mas para um estado que tenha recursos para distribuir aos menos afortunados, qualquer que seja o seu tamanho. Ao menos até o momento não existem outras instituições com essas mesmas propriedades: de exigir contribuições de alguns e repassar ao menos parte delas a outros. Até hoje, a justiça distributiva não teve outro foro que o do Estado, ao contrário da justiça retributiva, que recorre a mecanismos sociais espontâneos. A justiça limita os discursos sobre o tamanho do estado e sobre o nível de contribuição de cada um, pois reivindica que todos os que geram riquezas com as oportunidades que lhe são socialmente dadas têm que contribuir para a formação de uma riqueza coletiva, corretora dos defeitos do mercado ou das distorções da justiça retributiva.

Agora inverte-se a pergunta anterior. Se um esquema de justiça propõe modificações no mercado, alterando a própria ideia de propriedade, é possível afirmar em qualquer circunstância que essa justiça se limite, como coloca Dworkin, para que prevaleçam as regras do mercado? Em outras palavras, o assunto desta seção será os limites à tributação para fins distributivos e como deve ser a distribuição entre os membros da sociedade.

Uma pista de que a tributação é relevante para a análise econômica do direito é que ela afeta direitos de propriedade, ao mesmo tempo em que proporciona recursos para redistribuição. Há na tributação uma retirada de recursos da órbita de um sujeito para ser atribuído a outro. Estes recursos, por sua vez, são tão importantes para o funcionamento econômico, por um sistema de dotações previdenciárias e transferências sociais, quanto a própria noção de propriedade e de transferências negociais privadas. Portanto, refinando a pergunta anterior, em que termos a justiça e a tributação afetam as bases conceituais da análise econômica do direito?

Para responder a todas essas perguntas, deve-se lembrar que o nível de abstração da discussão precedente deverá aqui ceder a um compromisso um pouco mais concreto. De fato, se há problemas no liberalismo igualitário, o primeiro deles é um certo descompasso entre a discussão moral sobre os esquemas básicos sociais e a realidade institucional histórica, a política real e o direito concreto. Esse vazio de interação é raramente ultrapassado, estando os autores mais preocupados com a consistência analítica dos argumentos do que com a real interferência no mundo possível da política real e do

direito. Contudo, a postura tem que ser ultrapassada de alguma maneira. Esse tipo de abordagem não é novo;²⁴ tampouco é comum.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que, se o fundamento da modernidade, como já afirmado antes, é o indivíduo autônomo, dono do seu próprio juízo sobre questões morais, não é menos verdade que esse indivíduo se realize na coletividade, pois isolamento do agente não significa enclausuramento em si mesmo. Daí se afirmarem as obrigações morais que temos todos, uns diante dos outros, em proteger os que se saem dos esquemas de mercado em pior situação. Assim, é necessário discutir como os esquemas redistributivos são financiados: quem, quanto e em que circunstâncias cada um contribui, quem recebe o que em quais situações e, finalmente, como se podem enxergar juridicamente essas contribuições e esses repasses. Os critérios devem então determinar a forma de divisão do produto social entre a iniciativa particular e o Estado e, ainda, estabelecer critérios de contribuição e distribuição. O discurso concluirá sobre um sistema tributário possível, tendo por referência uma certa justiça distributiva. Neste aspecto, novamente, a propriedade será um fator-chave dos argumentos.

As noções jurídicas convencionais sobre propriedade a vinculam ao uso, gozo e disposição de bens exclusivamente por um sujeito. Trata-se então de um poder excludente assegurado pelo grupo social. Excludente no sentido de que só o titular do direito de propriedade pode perseguir a coisa e dela fazer o que bem entender, fruindo os benefícios por ela patrocinados. Os bens econômicos são todos assimiláveis à propriedade, e a propriedade é a primeira qualificação para participar do mercado. A atribuição natural que todos têm é a propriedade de si mesmo, a transformar todo e qualquer um em agente, no sentido econômico, social e político. No mínimo, a igualdade formal, até em um sistema libertário admite que o agente tenha sua própria força produtiva para ingressar na atividade econômica. Mas nem todos saem dela vencedores. O mercado produz perdas excessivas para alguns e ganhos excessivos para outros. A menos que se admita que o mercado seja um tipo de ordem de natureza em que os mais fortes transmitem seus genes às gerações futuras, não há como negar que temos todos obrigações e direitos no sentido das perdas e

²⁴ Há casos em que a tributação é vista de maneira abrangente, sem descer, entretanto a especificidades dogmáticas, como ocorre em certas passagens de *Sovereign Virtue* de Ronald Dworkin. Para esta seção, comenta-se os artigos de Friedrich A. von Hayek, Reexaminando a taxa progressiva; Enrico de Mita, O princípio da capacidade contributiva; Pasquale Russo, Os princípios fundamentais; Roberto Ferraz, Igualdade na tributação – Qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal?, todos em Roberto Ferraz (Coord.), *Princípios e limites na tributação*, respectivamente p. 741-764, 223-256, 377-425 e 449-523. Além deles, segue-se aqui, em grande medida, a tese de Liam Murphy e Thomas Nagel, *O mito da propriedade*, p. 238 e ss.

ganhos excessivos e que devemos corrigir desvios arbitrários. Isso é feito pela tributação nas sociedades fundadas no estado de direito.

Nesse sentido, havendo uma obrigação moral de contribuir para os que se saem em pior situação nas interações sociais de mercado e reconhecendo que estes têm direito moral à contribuição dos que se saíram vencedores, e se esses direitos e obrigações são uma imposição contemporânea de justiça, que dá sentido final às normas jurídicas, essa obrigação e esse direito devem juridicamente qualificar as modificações ocorridas no direito de propriedade pela tributação.

A tributação afeta a propriedade, verticalmente, pela diferente distribuição dos ônus entre pessoas em situações econômica e social distintas, ônus que podem ser distribuídos igualmente entre todos, por um imposto fixo, por exemplo, ou podem atender, proporcional ou progressivamente, à capacidade que cada um tem para pagar.

A ideia de um imposto fixo individual é talvez a formalmente mais forte e mais simples, ainda que cause estranheza intuitiva. De fato, ao distribuir igualmente o ônus entre os cidadãos, o enorme discurso sobre critérios de tributação mais sutis são evitados. Mas, como se viu, se a tributação é um fundamento de justiça socioeconômica, então a ideia de um imposto fixo só teria sentido em uma sociedade que dividisse mecanicamente seu produto. No entanto, embora essa divisão pudesse ser eficiente do ponto de vista econômico, ela tem a grave deficiência de não atentar para as diferenças individuais. Um imposto fixo não leva a sério as diferenças entre as pessoas e as contingências por elas enfrentadas.

Entretanto, há possibilidade de ver o imposto fixo como uma função do bem-estar de cada um. Se há redistribuição, então os que recebem devem contribuir pelos benefícios auferidos, tanto quanto os que nada recebem. Por isso, se o Estado realiza a justiça social ou com ela se compromete mais do que por palavras, um imposto fixo levaria inevitavelmente à ideia de benefício. Pelo benefício, os cidadãos contribuem com aquilo que obtêm, impondo às relações coletivas a lógica das relações privadas. Nesse sentido, a tributação seria sempre uma intromissão do Estado, em princípio indevida, sobre as posses individuais. Então ela só se justificaria na medida em que assegurasse primordialmente as relações produtivas de mercado, das quais se originam as riquezas. Contribuir e receber rendas seriam circunstâncias moralmente indistintas, pois ambas existiriam em função do mercado, e não da redistribuição. A tributação não teria outra função que patrocinar o mercado, *locus* privilegiado da interação social eficiente. O benefício – só se contribui para

o Estado na medida do que dele se recebe – transforma o mercado numa condição de existência da justiça, o que inverte de maneira totalmente errada o pressuposto desta, como corretiva das distorções emergentes da interação social de mercado. Se o mercado é uma instituição jurídica de interação social legítima, certos resultados indesejados do mercado é que têm que ser corrigidos pela justiça, e não essa correção se transformar em condição social de existência do mercado, pautada por signos retributivos. Assim, a tese do benefício não tem grande atrativo, pois não se qualifica como critério justo de distribuição de ônus, porque leva à coletividade uma lógica de funcionamento privada incompatível. Pautada pela retribuição, a justiça não cumpre sua função corretiva.

O benefício, entretanto, já mostra um caminho em direção à capacidade contributiva. É que se se contribui para um Estado que proporciona os ganhos tributáveis nas interações de mercado, a contribuição de cada um deve ser uma função qualquer do benefício obtido pela existência mesma do mercado, que por sua vez depende, no mínimo, de um sistema jurídico. E a capacidade contributiva, por seu turno, deve recair sobre o que as pessoas produzem nas interações de mercado. Mas e se alguém opta por nada produzir, substituindo trabalho por ócio? Nesse caso, o problema que Dworkin considerou como motivação para o produto social estaria comprometido. Uma solução para esse problema seria tributar talentos, e não o que o agente efetivamente produziu.

Tributar os talentos significa que se tributa o potencial produtivo de cada um, e não o que cada um de fato obteve em mercado. Isso se explica da seguinte maneira: se alguém tem um potencial produtivo e não o põe em prática, deve pagar por isso. Nessa visão, não é admissível que a sociedade tenha potenciais não aproveitados, ou melhor, se os potenciais não forem aproveitados, então algo deve ser cobrado pelo ócio na forma de um tributo. O tempo livre ganho em detrimento da produção pode ser algo valioso para o sujeito, de modo que sobre o tempo ocioso ele deve pagar um imposto. O tributo sobre talentos evita o que os economistas chamam de efeito substituição, da produção potencial por ócio gozado, embora ele não tenha obtido os mesmos benefícios na interação social que os produtores, porque recorreu menos ao mercado do que poderia.

Por isso, a tributação sobre o talento tem um fim instrumental diferente do que se está buscando aqui. Ele é claramente utilitário, pois pressiona o agente à produção e isso talvez não tenha valor moral nenhum, ao menos se os que não produzem exatamente o que deles é esperado nada exigem além do que eles mesmos produzem. Portanto, a capacidade para produzir não é um critério válido para a tributação justa, nem se qualifica

como um critério de capacidade contributiva, dado nada resolver em termos de distribuição equitativa dos ônus fiscais. Em outras palavras, não é moralmente adequado pensar que o sujeito deva produzir sempre a sua capacidade esperada, pois isso o forçaria a alienar-se de si. A capacidade contributiva está, portanto, em função do que efetivamente os agentes obtêm nas interações econômicas e não no potencial de obtê-las. E a capacidade contributiva nesta formulação qualifica-se pelo efeito riqueza. A tributação ocorre em respeito à igualdade proporcional de sacrifícios, pois onera as pessoas de modo diferente, segundo suas rendas efetivas.

Isso significa que os ricos devem contribuir mais que os pobres. A ideia é a de que o rico pode transferir mais recursos reais pela função marginal decrescente da renda: a última unidade monetária será menos útil para o rico do que será mais útil para o pobre. Dito de outra forma, o pobre dá mais valor à mesma unidade monetária do que o rico. Ora, essa é uma presunção intuitivamente muito difundida, embora decorra, como já se viu, de um critério de eficiência analiticamente fraco, dado que um rico avaro pode dar muito mais valor a essa mesma unidade monetária que um pobre pródigo. Todavia, se houver algum erro na utilidade marginal decrescente da renda, ele será pequeno em relação aos possíveis acertos. Dworkin expressa sua simpatia pela tese ao sustentar que os ricos devem contribuir para a redistribuição aos pobres, na medida de suas riquezas.

Mas esse seria um critério de tributação realmente consistente com os supostos até aqui desenvolvidos? Há nele uma verdade praticamente inviolável. Dado que as oportunidades socioeconômicas dependem de redistribuição porque o mercado privilegiou alguns e não outros, então, aqueles que têm mais têm mais porque ganharam mais no mercado e por isso devem contribuir com mais recursos para a formação de alguma riqueza coletiva, da qual o mercado depende. No entanto, os mais ricos podem contribuir com mais recursos de duas maneiras distintas: proporcional ou progressivamente. Assim, há pelo menos duas formas de enfrentar o intrincado problema fiscal pelos sacrifícios. Que os mais privilegiados devam contribuir com mais, isso deve estar fora de questão, ao menos em princípio. Mas qual a dose do sacrifício isso é questão moralmente controvertida. Além disso, é necessário entender em que termos esse tipo de critério afeta as relações tributárias e de propriedade.

Em primeiro lugar, é conveniente lidar com a ideia libertária de que a propriedade é um reflexo absoluto da única coisa que de fato conhecemos: a existência individual. Se todos têm direitos, eles têm, em primeiro lugar, direito a si e,

consequentemente, ao que produzirem. Por isso, uma tributação proporcional mínima à manutenção do mercado, com base em uma única ou com poucas alíquotas, impõe automaticamente o mesmo sacrifício de todos, não em termos de um imposto fixo, mas relativamente à manifestação de riqueza que serve de base à tributação. A tributação só se justificaria em relação à base econômica obtida pelo indivíduo e seria uma função mínima de manutenção dos esquemas sociais em que a propriedade e a liberdade sejam asseguradas. A ideia fundamental é a de que os mais ricos pagam mais que os pobres na proporção da base econômica avaliada para que os esquemas mínimos necessários à propriedade existam. A opção é tentadora sob um ponto de vista motivacional e pelo prisma de resguardar equitativamente a propriedade ou os produtos das interações em mercado. Do ponto de vista utilitário, que aqui se confunde com o ponto de vista libertário, a tributação proporcional resguarda ao agente o produto de seu esforço e é, por isso, do ponto de vista motivacional bastante coerente, ainda que para os utilitários seja possível uma contribuição mais que o mínimo.

Uma forma alternativa de lidar com a questão é a da progressividade: ricos pagam mais não só proporcionalmente, mas progressivamente. A contribuição, nesse aspecto, é definida por alíquotas progressivamente maiores, conforme aumente o valor econômico da base tributável. Essa é uma noção ainda mais forte do ponto de vista da justiça, pois, assumidas as imperfeições de mercado que concentram as riquezas nas mãos de alguns, então os que mais ganharam devem contribuir progressivamente conforme seus ganhos. A tese da progressão apresentaria tão somente problemas de motivação, pois, conforme aumente a alíquota, os mais produtivos podem simplesmente abdicar da atividade, visto que não ganhariam praticamente nada com ela.²⁵

Entretanto, sacrifícios progressivos pressupõem, no fundo, que os interesses dos agentes econômicos são opostos aos interesses do Estado, pois este interfere na propriedade daqueles para realizar algo muito distante, que é o assim denominado bem comum e que muitas vezes não se concretiza.²⁶ Portanto, para que a riqueza se qualifique como critério de tributação verticalmente justo, é necessário enfrentar essas duas questões: a oposição entre Estado e cidadão e a efetividade da tributação redistributiva na mitigação de efeitos deletérios do mercado. Por último deve-se verificar se de fato a tributação

²⁵ Essa é aproximadamente a tese de Hayek, Reexaminando a taxa progressiva, in Roberto Ferraz (coord.), *Princípios e limites da tributação*, p. 756.

²⁶ Friedrich A. Hayek, *idem*, p. 740.

progressiva inibe a ação econômica, anulando as próprias circunstâncias de escassez moderada em que a justiça tenha relevância.

Quanto à primeira das questões, ela pode se resumir na afirmação de que contribuir é tanto ser forçado pela coletividade a entregar aquilo que lícitamente foi produzido pelo próprio esforço quanto o apoderamento do Estado pelo contribuinte, como dono e não como participante. Essa é uma tensão aparentemente insolúvel e que, sob um argumento de justiça social dos que têm mais em redistribuição aos que têm menos, fortifica a ideia de propriedade como disposição do particular. A tensão decorre de que a riqueza antes da tributação é a medida da contribuição ou o critério prevalente. Mas não há antes ou depois da tributação. Há riqueza distribuída pelo próprio ambiente social, riqueza a que moralmente este ambiente social tem direito legítimo de participar pelo Estado.

Assim, a tensão entre cidadão e Estado decorre da circunstância mais do que popular, ainda que totalmente equivocada, de que o Estado retira dos cidadãos aquilo que lhes pertence, para financiar-se e para dar aos que necessitam (embora possam eventualmente não merecer). A maioria concorda que todos os desprivilegiados que recebem recursos na forma de transferências precisam daqueles recursos, ainda que a necessidade tenha sido conscientemente provocada em muitos casos. Falando de um modo mais simples, a tensão entre sujeito economicamente ativo e Estado está no fato de que aquele continua vendo a base tributária, antes da tributação, como propriedade sua, e que o Estado retira de sua órbita patrimonial de forma arbitrária, pois, verticalmente, o sujeito não sabe se a distribuição dos ônus foi adequadamente feita. Ele não saberá, neste esquema bipolar em que o cidadão concebe o Estado como algo apartado de si e com interesses conflitantes aos seus, se o que lhe foi retirado foi empregado convenientemente. Além disso, o contribuinte não saberá se todos os que estão em situação semelhante à sua contribuirão da mesma maneira. Isso significa que, horizontalmente, o efeito da tributação sobre pessoas na mesma situação também sofre com o problema informacional criado pela acepção muito difundida, mas moralmente fraca, de que os resultados da ação individual só podem ser propriedade de quem a praticou.

Essa é uma falsa tensão se os sujeitos praticarem mais plenamente seus direitos políticos e exigirem mais do que informações incompletas e confusas sobre a despesa pública. Na realidade, não se trata de olhar para o Estado como um abocanhador de patrimônios particulares ou de um distribuidor de benefícios imerecidos ou ainda de um pródigo gastador de recursos alheios, mas de enxergar a propriedade como alguma coisa

obtida não apesar do Estado, mas por causa da existência do Estado. Por isso, a coletividade, pelo Estado, participa da riqueza originalmente produzida pelo esforço individual. Não há propriedade antes da tributação, mas propriedade pública e privada após a tributação. Sobre a pública todos podem objetar quanto à forma do dispêndio, cujo controle tem que ser exercido. Nesse sentido, a propriedade não é um direito natural absoluto, do qual decorre o melhor social em transações de mercado, mas uma convenção jurídica.²⁷ A propriedade tem certos fins, fora dos quais ela perde significado. Os debates sobre o vazio conceitual dos fins da propriedade são, portanto, relacionados à persistência em manter o discurso moral apartado do direito, como se eles fossem mundos distintos.

Quanto ao aspecto motivacional, esse parece mais uma curiosidade do que um argumento. Na realidade, as taxas de crescimento econômico e o nível de atividade tendem a crescer conforme aumentam a complexidade social e as exigências fiscais. A existência de países com alto índice de desenvolvimento econômico, mas com elevadíssimas alíquotas na tributação, é um claro indício de que o argumento libertário ou o problema da sensibilidade aos méritos, por exemplo, não tem fundamento forte. Ele é uma espécie de ideário retroalimentado pela meritocracia e pela prevalência dos esquemas de justiça privados. Ele terá menos fundamento ainda em países como o Brasil, de altíssima concentração de riqueza e altíssimo nível de carência.

Respondendo por fim às questões inicialmente feitas, a redistribuição dos mais ricos aos mais pobres é decorrente da obrigação moral que aqueles têm para com estes, uma vez que a riqueza toda foi produzida socialmente em mercado e este não distribui as riquezas produzidas. Para corrigir as distorções provocadas pela livre interação social, é justificada a redistribuição do produto, por meio de uma propriedade pública criada com as contribuições dos que auferiram mais. A contribuição tem que ser progressiva, pois os que ganham mais têm mais para contribuir dos que aqueles que ganharam menos.

Não há evidência de que a tributação progressiva com efeitos redistributivos iniba necessariamente a ação produtiva; assim como se argumenta indutivamente que existe esse efeito, pode-se argumentar também indutivamente em contrário. A redistribuição justa da propriedade pública tem que ser primeiro em benefício dos que não

²⁷ “Nossas concepções divergem profundamente da mentalidade padrão da política comum no fato de insistirmos no caráter convencional da propriedade privada e de negarmos que os direitos de propriedade sejam moralmente fundamentais.” Liam Murphy e Thomas Nagel, *O mito da propriedade*, p. 240.

podem interagir em mercado, seja pela loteria genética, seja pelo infortúnio social, e segundo, para compensar os que saem do mercado sem o necessário para a ele retornar.

Por último, quanto às modificações que a tributação redistributiva tem em relação à análise econômica do direito, é importante lembrar que a propriedade privada, em um esquema redistributivo, continua existindo e que ela será continuamente negociada em regime de liberdade. Portanto, as transações de mercado continuam sendo aquelas que prevalecem. Mas isso não significa que só a propriedade privada, como a entendemos, tenha um efeito positivo sobre o mercado. A alteração que foi proposta nessa seção é tão somente a de que todos têm obrigação moral relativamente aos menos afortunados e que o mercado é uma instituição imperfeita. Seu só funcionamento não garante justiça social. O mercado é assumidamente um *locus* ideal que não tem relação direta com uma justiça procedimental perfeita. Não se trata portanto de imitar o mercado, mas assegurar que uma parte da justiça social seja feita pelos indivíduos em transações privadas. Todo o resto depende de atuação positiva estatal, com os bens de todos. Assim, tanto quanto a propriedade, uma análise econômica do direito deve levar em conta o fato de que a redistribuição tem também efeitos benéficos sobre o mercado.

A seguir, ensaia-se como a justiça afeta em concreto a AED, por análise de julgados em matéria tributária.

6.3 A justiça como limitação à análise econômica do direito – Na seção anterior, estabeleceu-se uma ligação entre a análise econômica do direito e a justiça, por meio dos efeitos da tributação sobre a propriedade. Nas democracias contemporâneas, justiça dirige-se à solução de conflitos distributivos decorrentes das interações sociais em mercado, via redistribuição do produto social arrecadado pelo estado. Por essa ligação, a AED altera-se, seja porque o mercado não pode ser fixado como o procedimento da justiça natural, seja porque a propriedade se modifica pela redistribuição necessária à concretização da justiça.

A análise de casos desta seção pretende esclarecer outro limite de aplicabilidade de análises econômicas e que decorre dos argumentos antecedentes, mais especificamente, um contorno consequencial externo à decisão, que veda atribuições de propriedade não por problemas consequenciais internos, mas por injustiça de significados nos reflexos externos dos argumentos na realidade social. Os argumentos econômicos podem ser deduzidos corretamente de premissas e ser internamente consistentes com uma dada interpretação de texto legal, mas ainda assim podem provocar situações inadequadas

ou incorretas. Por isso, a investigação aqui é sobre consequências injustas de argumentos econômicos na realidade social. Usa-se uma maneira indutiva – a partir de análises de decisões de casos reais – para abreviar os argumentos e também para demonstrar a consistência ou inconsistência da consequencialidade do direito quanto ao seu significado concreto justo ou injusto, segundo os efeitos da decisão sobre a redistribuição do produto social.

Os casos a serem analisados são de isenção de ICMS para aquisição de veículos automotores de uso por deficientes físicos.²⁸ Há um forte indício de que a hipótese apresenta condições de mostrar o que se está buscando, porque existe norma isencional alegadamente não isonômica, por tratar diferentemente deficientes motoristas e deficientes não motoristas, com base em fundamentos econômicos. Além disso, as isenções para aquisição de veículos adaptados tendem a ser encaradas como um *equalisandum* direcionado aos deficientes físicos, pois propiciariam equidade entre eles e os não deficientes. Os julgados escolhidos tocam precisamente nesses pontos por argumentos econômicos.

Seria desnecessário discorrer sobre as garantias de que gozam os deficientes em matéria de direitos fundamentais.²⁹ De fato, a Constituição Federal regula especificamente redistribuição aos deficientes, como garantia de dignidade e respeito em relação aos não deficientes e, naturalmente, ordena tratamento isonômico entre eles. Assim, em decorrência do que se argumentou nas duas seções antecedentes, a redistribuição, quanto ao caso de deficientes, tem origem em obrigação social moral de prover recursos indispensáveis para que o deficiente possa ser tratado como igual em dignidade e respeito e que tenha acesso equitativo aos meios de sobrevivência relativamente aos demais membros da sociedade. Não atentar para o fato de que o deficiente tem desvantagens em relação à pessoa sem deficiência seria tratar o deficiente de forma desigual, pois os deficientes não têm os mesmos recursos e oportunidades que os não deficientes para interagir socialmente.

O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços é um tributo de competência dos Estados, como determina o art. 155, II, da Constituição. O ICMS incide de forma proporcional sobre o valor tributável, normalmente o valor econômico fixado por

²⁸ As decisões analisadas foram as Apelações Cíveis 850.010-5/8-00, 779.646-5/2-00 e 874.201-5/5-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

²⁹ Os arts. 203, IV e V, e 24, XIV, da Constituição Federal, lidos sistematicamente, deixam claro que a sociedade brasileira tem obrigações jurídicas para com os deficientes, para dar-lhes tratamento materialmente isonômico, especialmente diante do que dispõem os arts. 1º, II e III, e 5º, ambos também da Constituição.

particulares em suas transações privadas. Portanto, a incidência do tributo em questão requer somente uma transação jurídica de transferência de propriedade com valor econômico, sendo esta transação a própria dimensão material da incidência. O imposto devido será proporcional ao preço ou qualquer outro valor econômico que expresse a riqueza vinculada à transação.

É comum que, por leis ou decretos estaduais, as operações de circulação de veículos automotores adaptados para deficientes sejam isentas de pagamento do imposto.³⁰ Em geral, a justificativa para a isenção é de duas ordens: o patrocínio da igualdade dos deficientes em relação aos não deficientes e os elevados preços normalmente praticados para a adaptação dos veículos. Portanto, alegadamente, a desoneração obedece a critérios econômicos em função da promoção material de direitos fundamentais.

O argumento econômico mais importante é que a isenção procura compensar os elevados custos de adaptação suportados pelo deficiente. É viável imaginar que a qualificação do argumento seja uma comparação entre o que se deixa de arrecadar com a isenção e o benefício em bem-estar que a redução de preço traz para o deficiente, visto que os custos do ICMS podem cobrir, no mínimo, uma parte substancial dos ônus que sofreu o adquirente na adaptação, processo econômico dispendioso, feito, em geral, por encomenda, ao qual o não deficiente não precisa recorrer. Economicamente então, a isenção representa a manutenção de condições equitativas entre portadores de necessidades especiais e os não portadores de tais necessidades, na compra de veículos.

De outra parte, o art. 111, II, do Código Tributário Nacional determina que, em matéria de isenção, a interpretação tributária deva ser literal ou desvinculada de contexto, tanto quanto possível. Isso significa que a isenção tem que ser só sobre saída de veículos adaptados. Qualquer aplicação da desoneração tributária a outras hipóteses seria extensiva, interferindo indevidamente na realidade social, gerando consequências externas à decisão ilegítimas, pois o comando isencional é explícito sobre a qualidade e destino do produto, veículo adaptado para uso por deficiente. No jargão da AED, esta é uma

³⁰ Em São Paulo, a isenção está atualmente prevista no art. 19 do Anexo I, do RICMS: “Saída interna ou interestadual de veículo automotor novo com características específicas para ser dirigido por motorista portador de deficiência física, desde que a respectiva operação seja amparada por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, nos termos da legislação federal vigente (Convênio ICMS-03/07)”. (Redação dada ao artigo pelo inciso II do artigo 1.º do Decreto 51.639/2007). A isenção prevê explicitamente, como é comum em direito tributário, disciplina econômica específica: “§ 1.º O benefício previsto neste artigo: 1 – deverá ser transferido ao adquirente do veículo, mediante correspondente redução no preço”. Há ainda disciplina para verificação: “§ 2.º A isenção será previamente reconhecida pela Secretaria da Fazenda deste Estado ou pelo fisco da unidade federada onde estiver domiciliado o interessado”. Estado de São Paulo, Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, art. 8.º e Anexo I, art. 19.

atribuição clara e bem delimitada de direitos: ao deficiente comprador de veículo automotor, o Estado concede a prerrogativa de não arcar com o ônus do tributo incidente sobre a aquisição do veículo, se este for adaptado. O comando é direcionado ao contribuinte do tributo *strictu sensu*, o vendedor, mas que tem efeitos sobre o patrimônio do deficiente, via preços mais baixos.

O fundamento econômico final da isenção é o de que seu custo para a sociedade (titular do valor não arrecadado) é menor do que o benefício para o deficiente. Por isso, o saldo final da conta de bem-estar social é positivo com a desoneração tributária. Importante observar que o saldo da conta pode ser positivo, mas isso não implica que a renúncia fiscal seja eficiente: a isenção do tributo sobre todo o carro adaptado, não tem relação direta com os custos da adaptação. Um pequena adaptação estaria sendo tratada uniformemente em relação à grande adaptação, pela incidência proporcional do tributo. Isso significa que grandes adaptações, para deficiências mais severas, levam desvantagem em relação às adaptações mais simples, para deficiências leves. Além disso, a exoneração não leva em conta modelo e características dos veículos, infringindo a condição de que custos caros, dos mais ricos, são tratados de forma proporcional e não progressiva.

De qualquer modo, a racionalidade que está por trás da renúncia é então a de que o Estado dá menor valor ao tributo não arrecadado do que o deficiente. Há claramente uma conta de chegada simples, de todos os deficientes em relação aos não deficientes. Trata-se, entretanto, de um direito não transferível, pois logicamente direcionado a uma condição específica (deficiência) do adquirente do bem. Como cada deficiência tem adaptação própria e visto que todo deficiente tem a mesma isenção, não há logicamente condições de precificar a eventual transferência da isenção em regime de mercado.

Daí deduzir-se que somente o deficiente com capacidade para conduzir veículo automotor seja beneficiado com a exclusão do crédito tributário, em geral de valor elevado, em função da prática de alíquotas altas para operações com carros e também porque a cadeia econômica de produção e circulação do produto fica sujeita ao mecanismo de substituição tributária, como permite o art. 150, parágrafo 7.º, da Constituição Federal. O mecanismo de arrecadação antecipado à ocorrência da hipótese de incidência evita planejamentos tributários mais extensivamente poupadores para o contribuinte. A substituição imputa responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS incidente em todas as operações, do fabrico ao consumidor, a um só contribuinte, normalmente o que mais agrega valor.

Ocorre que, a despeito da consistência interna do argumento antes exposto, inclusive em termos econômicos, a vedar a extensão do dispositivo isencional para circulação de qualquer veículo não adaptado, há deficientes que não podem dirigir e que, mesmo assim, querem adquirir carros não adaptados com a mesma isenção que teriam se o veículo fosse adaptado, alegando tratamento discriminatório. A isenção privilegiaria indevidamente os deficientes que podem dirigir, gerando uma consequência injusta, ainda que dedutivamente correta, do ponto de vista do argumento econômico, partindo das premissas normativas aplicáveis. A isenção é apenas para veículos adaptados, como compensação pelos custos adicionais da adaptação não incorridos por este último deficiente.

Contudo, há um problema moral na isenção como concedida. Parece bastante claro que a renúncia, em si mesma, não é decorrente dos direitos fundamentais dos deficientes, pois nenhum deficiente poderia invocar não pagar tributo só por sua condição. O que é moralmente adequado é que ele possa exigir da sociedade, por meio do Estado, recursos necessários e suficientes para viver uma vida digna, semelhante, em todos os aspectos relevantes, à vida que os não deficientes têm, dentro da sociedade em que ele vive. Em outras palavras, o deficiente não tem, só pela deficiência, o direito de exigir não pagar tributo, mas de ser compensado em recursos por seu infortúnio, na medida da disponibilidade financeira da sociedade. O art. 203, IV e V, da Constituição alberga parte dessa obrigação moral.

Isentar um deficiente de tributos somente por sua deficiência poderia gerar injustiça. Pode-se imaginar um deficiente com imensa fortuna herdada em capitais, por exemplo, ações de uma grande empresa. Se o direito fundamental que protege o deficiente pudesse automaticamente isentá-lo da tributação sobre a renda auferida com esse capital, ele estaria em posição melhor do que os não deficientes que receberam a mesma fortuna. A diferenciação seria aí injustificada. Isso ocorreria mesmo que as arrecadações estatais fossem de tal magnitude que as contribuições de todos os deficientes com muitos recursos, como o deficiente em questão, fossem dispensáveis ou irrelevantes do ponto de vista financeiro. É que a obrigação do deficiente em pagar os impostos não decorre jamais de uma conta líquida de custo e benefício, que o poderia isentar. Tampouco a exoneração pode ser fruto de uma caridade social. O pagamento de tributo por deficientes decorre da mesma obrigação moral que todo cidadão tem perante os demais, de contribuir para a formação de uma riqueza coletiva que serve também à redistribuição. Nesse sentido, a

obrigação moral do contribuinte deficiente é idêntica à do não deficiente. O que os diferencia é que o deficiente, mesmo com muitos recursos próprios, tem o poder de exigir da sociedade o valor que esta puder arcar para dar-lhe uma vida digna. Não importa, nessa visão, se o deficiente receberá do Estado um centésimo do que ele pagou em tributos, porque para essas obrigações não há possibilidade de contas compensatórias substantivas. Pode-se naturalmente imaginar algum sistema de dedução do tributo a pagar, o valor do benefício social a receber. Mas isso não significa que a sociedade nada deva ao deficiente nem que ele nada deva à sociedade, ao menos como um princípio moral.

Pode-se ainda imaginar alguma solução equitativa conciliatória, como fixar desoneração tributária a deficientes carentes. Mas a solução, por si mesma, não afasta a existência da obrigação moral compensatória a todos os deficientes de maneira indistinta. Não reconhecer as obrigações da sociedade em compensar o deficiente por sua deficiência e a do deficiente em pagar tributo por sua riqueza é opor indevida e artificialmente os interesses da sociedade e do cidadão pela primazia do direito de propriedade, este sim sujeito a compensações por critérios de custo e benefício³¹ e conversíveis em crédito e débito. A deficiência tem que ser reconhecida como tal, tanto quanto a riqueza tem que o ser.

Por isso, no caso apresentado, o problema não é exigir uma desoneração tributária pela condição de deficiente, mas exigir tratamento tributário igual aos deficientes que podem dirigir e que comprem carros adaptados mais caros com isenção, uma vez que a norma isencional privilegia estes injustificadamente. De forma simples, a questão jurídica pode então ser colocada com base no argumento de que deficientes que não podem dirigir não devem ser distinguidos de deficientes que podem. O critério econômico embutido na norma, de compensação pelo preço mais elevado do veículo adaptado, foi discriminatório em relação ao veículo não adaptado quando adquirido por deficiente, porque não levou em consideração a condição do deficiente em geral, mas de um tipo específico de deficiente, o motorista.

A motivação econômica da lei produz então um resultado moralmente arbitrário³² pois desconsidera que deficientes, em relação ao meio de locomoção, não

³¹ Os padrões analíticos de custo/benefício são em geral de aplicação tumultuada do direito. Henry Richardson, *The Stupidity of the the Cost-Benefit Standard*. *Journal of Legal Studies*, p. 971-1003

³² “A distribuição natural não é nem justa nem injusta, nem é injusto que as pessoas venham ao mundo em uma determinada posição particular. Esses são fatos naturais simplesmente. O que é injusto é a forma como as instituições lidam com esses fatos.” No original: “The natural distribution is neither just nor unjust; nor is

podem ser tratados desigualmente. Arbitrariedade moral é vinculada à ideia de discriminação com base em fatos brutos, infortúnios, de desconsideração pela particular posição de desvantagem de um agente em relação aos demais. É a perenidade ou o conformismo diante de situações morais injustificadas. Esses fatos têm que ser tratados pela sociedade, pois ela pode modificá-los. É moralmente arbitrário e sem sentido no direito que se desconsidere a fortuna como elemento de equalização. Assim, se um deficiente, por sua deficiência, pode adquirir veículo sem imposto, todos os deficientes também o podem. A desoneração não é uma decorrência natural do infortúnio, porém, uma vez concedida a uma espécie de deficiente, deverá se estender em iguais condições a todos os outros deficientes.

A confusão do julgamento de base é a intuição de que a desoneração tributária corresponderia a um pagamento social compensatório pela deficiência, o que não é verdade, dado que este não se confunde com a obrigação de pagar imposto³³.

Do ponto de vista estritamente econômico, a isenção é uma criação de bem-estar. Mas esse bem-estar dependeria de algum dado sobre os deficientes que não são motoristas, elementos esses desconsiderados na visão econômica, porque nesses casos não há qualquer sinal dado por preços. A análise econômica esqueceu-se que os que não podem dirigir podem ter custos muito mais elevados em cuidados, por exemplo. Além disso, o problema de tratar isenção na aquisição de carros como uma compensação é que muitos deficientes não poderão adquirir carros adaptados e, portanto, essa não é a maneira adequada de compensar os deficientes em recursos. Por isso, uma vez dada a isenção, ela deve atingir a todos os deficientes de forma igual. A isenção é internamente consistente do ponto de vista do argumento dedutivo econômico: carros adaptados são mais caros e a isenção dirige-se à compensação dos gastos com a adaptação, relativamente aos não deficientes. Mas as consequências externas do direito, na comparação entre deficiente e não deficiente, são de que os custos com adaptação do veículo não podem prevalecer, ao tratar, pelo critério econômico consistente, iguais como diferentes.

Portanto, os argumentos morais invalidam as consequências econômicas externas, de proteção a um só tipo de isenção, dirigida à hipótese de carros adaptados, pois

it unjust that persons are born into society at some particular position. These are simply natural facts. What is just or unjust is the way that institutions deal with these facts". John Rawls, *A theory of justice*, p. 102.

³³ A apelação cível 874.201-5/5-00 declara que "A finalidade do benefício fiscal é a inclusão da pessoa com deficiência, garantindo-lhe sua dignidade, cidadania e liberdade de ir e vir. A isenção do imposto não visa compensar eventual ônus na adaptação do veículo adquirido". A decisão tende a considerar a isenção como uma forma de inclusão, mas da qual todos os deficientes têm que aproveitar igualmente.

estes argumentos têm resultado discriminatório.³⁴ Eles não permitem que o intérprete mantenha-se estritamente na literalidade,³⁵ pois, diante do caso deficiente motorista e deficiente não motorista, a dúvida é inevitável. Os julgados comentados acertam ao desconsiderar o argumento econômico, porque este argumento cria discriminação indevida entre contribuintes na mesma condição, que o próprio argumento não é capaz de justificar. Há obrigações jurídicas, como aquela examinada nos julgados, que só podem se especificar retornando à origem moral do direito e que no direito se resolvem por afastamento de qualquer consideração de racionalidade econômica, por mais consistente ou lógica que seja do ponto de vista dedutivo.

Essa hipótese, de direitos especificados moralmente por referência à justiça, sem recurso possível à razão econômica, confirma-se por recente julgado americano em que autores nigerianos acionaram indústria farmacêutica por experimentos com medicamentos.³⁶ O caso envolve fornecimento de novo antibiótico a crianças na Nigéria, em surto de meningite, em 1996. O governo nigeriano foi parceiro na pesquisa. O medicamento em questão (Trovan) não fora ainda aprovado pelos órgãos governamentais americanos. A aprovação ocorreu só para adultos, em 1998, e foi posteriormente restrita ao uso em emergências, pelos efeitos colaterais observados no fígado. Na Europa, o remédio foi proibido em 1999. O protocolo de experimentação previa fornecimento de antibiótico já aprovado e seguro em doses reduzidas e o novo medicamento. Os trágicos resultados da experimentação resultaram em mortes e deficiências de várias espécies.

Os autores alegaram que a indústria teria violado os protocolos de pesquisa, pois não teria prestado informações relevantes sobre riscos e danos à saúde. Além disso, a administração teria sido incorreta e sem testes sobre a efetividade do medicamento para o surto de meningite específico. Haveria então vício de consentimento. A indústria aparentemente fraudou, em 1997, aprovação do experimento junto a autoridades nigerianas, para apresentá-la ao órgão regulador americano.

³⁴ A Apelação Cível 850.010-5/8-00 decide que o caso envolve menos economia e mais igualdade, “devendo-se interpretar as normas postas visando atingir os objetivos constitucionais, no caso em tela, o princípio da igualdade (art. 5.º da CF)”. E a Apelação Cível 779.646-5/2-00 volta-se para entraves burocráticos contra a concessão de isenção, afirmando que restrições não prevalecem, pois “a restrição hermenêutica – própria às isenções tributárias –, implicaria uma ablação do fim social a que se destinam, nesse ponto, a Constituição brasileira e a normativa local”. Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça.

³⁵ Há decisões privilegiando a interpretação literal da isenção, como a Apelação Cível 662.269-5/3-00. No mesmo sentido a Apelação Cível 815.070-5/4-00. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

³⁶ Trata-se do caso *Rabi Abdullahi x Pfizer*. Estados Unidos da América, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 562 F. 3d 163; 2009 U.S. App. LEXIS 1768.

Processualmente, o caso não fora admitido em primeira instância por incompetência do juízo, dado que a lei sobre responsabilidade civil de estrangeiro não qualificava qualquer elemento de conexão que atraísse o caso para a jurisdição americana, inexistente ato praticado nos Estados Unidos. Assim, a questão processual dependia de alguma consideração prévia sobre o mérito. E o mérito foi visto em termos das normas internacionais de direitos humanos que proíbe experimentos médicos com as características alegadas. O caso envolvia direitos humanos em sua dimensão mais profunda e clássica, experimentação com uso do homem como cobaia. Estes dois aspectos atraíram o caso para os Estados Unidos, a despeito dos problemas de conexão reais antes apontados. Na realidade, o caso envolve prova de vício de consentimento que só poderia ser produzida em cognição ampla, mas ainda assim reconhecida, em tese, pela cognição sumária, sendo esse o cerne da questão. Se competente fosse a Nigéria, local dos fatos, os apelantes não teriam nenhuma chance de justiça, diante da alegada corrupção local.

A decisão simplesmente ignorou os aspectos econômicos relevantes, como a atribuição clara de direitos por instrumentos contratuais, de que o Estado nigeriano havia participado, tutelando os requerentes. Portanto, a decisão, para proteger os direitos das vítimas ao litígio, teve que ultrapassar os procedimentos normais de justiça de mercado, para manter o caso sob jurisdição americana, aceitando, no fundo, que havia argumentos legítimos para que os critérios procedimentais do mercado fossem vistos como consequencialmente injustos.

Este último caso se assemelha ao anteriormente comentado por algumas razões especiais: ele desconsidera o fato de que houve consentimento com apoio do governo nigeriano, o que, sem maiores discussões, atrairia o caso para dilação probatória em cortes nigerianas. Realmente, se os autores da demanda consentiram por meio de seu próprio governo, a demanda, em uma visão estrita de atribuições de direitos claros, como reivindica a AED, deveria ser processada na Nigéria, e não nos Estados Unidos. Esse é um ponto de aproximação, porque, no caso anterior de isenção de ICMS para aquisição por deficientes de veículos adaptados, houve desconsideração por uma atribuição clara e positiva de direitos em nome de um valor mais amplo. Neste último caso, tanto quanto naquele, a atribuição clara foi ultrapassada em nome da obrigação moral de tratar a todos com dignidade e respeito iguais. Essa obrigação não pode ser afastada, mesmo considerando-se que economicamente o caso indicava, pela simples existência de protocolos, que os experimentos eram, em tese, possíveis. Assim, economicamente, a base

da ação não era o bem-estar criado pelo experimento, via indústria de medicamentos em geral. A tese utilitária de que o sacrifício de alguns pode ser justificado pelo ganho de muitos não vingou, embora convencionalmente, diante do direito positivo, essa fosse uma solução possível e mais simples.

Com esses argumentos, espera-se ter chegado aos limites últimos que se impõem diante de qualquer análise econômica do direito: consequências externas à decisão injustas ou moralmente arbitrárias, no sentido de afastar obrigações morais para com os que sofrem de infortúnios naturais ou que saem perdedores de transações de mercado, desqualificam qualquer consideração econômica. A obrigação moral de tratamento igual é imposta pelo nosso interesse solidário permanente e não pelo nosso interesse nos resultados das ações sobre o produto final ou pelo bem-estar social. A justiça das consequências dos argumentos econômicos é sua condição de existência. Não há sentido jurídico nenhum em construir um argumento consistente que tenha o defeito moral da injustiça, quanto aos efeitos externos ou aos reflexos da decisão na vida real.

Até aqui procurou-se expor os limites à análise econômica do direito³⁷. O procedimento de delimitar os espaços vedados, em uma espécie de definição negativa, justifica-se pelas pretensões totalizantes da AED. Assim, conformada em um ambiente possível, em que o método econômico não entre em argumentos inconsistentes ou injustos, sob a perspectiva consequencial interna e externa, convém dizer para que serve uma análise econômica do direito. Esse será o assunto a seguir.

6.4 Consequências desejáveis da análise econômica do direito: o desenvolvimento –

Antes de seguir em direção à análise econômica possível ou hermeneuticamente viável, será necessária uma pausa. Retroceder e recapitular alguns dos pontos sobre os quais já se discorreu facilitará bastante a tarefa.

Sobre a análise econômica, a exposição foi feita tendo em mente a duplicidade de seus fundamentos utilitários, pois tanto se falou no utilitarismo econômico quanto se falou no utilitarismo político. Ambos têm bases semelhantes, mas se direcionam à explicação de coisas distintas ou pelo menos se direcionavam a coisas distintas até que a economia passou a reivindicar uma posição metodológica de supremacia. Daí haver certa confusão quando se fala no utilitarismo da AED.

³⁷ Owen Fiss parece ter dado importância somente a este tipo de limite, ao considerar que uma análise econômica limitava as pretensões mais inspiradoras do direito. *The Death of the Law? Cornell Law Review*, p. 1-16.

De um lado, a aplicação dos métodos microeconômicos supõe valores de maximização de utilidade como os enxerga hoje a economia, em termos descritivos de ordenação de preferências, quaisquer que sejam elas. De outra parte, quanto à base política utilitária, a AED permanece sendo um esquema de avaliação normativa de desenhos institucionais como aqueles que maximizam a utilidade, ainda vista como bem-estar maximamente incrementado. Essa é uma ambigüidade localizada no cerne da AED, que postula uma norma utilitária política, na medida em que avalia situações distintas em função da promoção do bem-estar. Contudo, para assim proceder, o raciocínio da AED é tipicamente descritivo econômico, porque, para avaliar a norma em função de seu fim (patrocínio do maior bem-estar possível, de maneira igual para todos), são sempre feitas simplificações extremas, a ponto de afastar boa parte das variáveis reais. Assim, para chegar à conclusão sobre a conveniência normativa do direito, o método econômico é assumido como padrão e todas as variáveis vão sendo gradualmente reduzidas aos aspectos relevantes para esse padrão. Esse é um problema que teriam todas as ciências positivas, mas que fica mais claro quanto às pretensões da AED, na medida da idealização do objeto e do método, um em função do outro, coisa que para o significado jurídico é bastante delicada, dado afastar *a priori* mundos possíveis de significados não econômicos. A hermenêutica, reportando-se a significados não fixos, mantém a possibilidade de construir argumentos jurídicos válidos a partir do método econômico, pois dedutivamente consistentes. Tais formas hermenêuticas não fixas de encarar a AED estão diretamente relacionadas a contextos de significação para os quais não há um projeto rígido de verdade. A este respeito mostrou-se que, além da consistência dedutiva interna dos argumentos, o conteúdo e o método econômicos devem se restringir quando as consequências externas mostrarem-se injustas em uma dada aplicação jurídica.

Neste capítulo já se discorreu bastante sobre o tipo de significado correto pretendido para o direito, quando se fala em justiça dos predicados jurídicos. Adotou-se uma perspectiva igualitária pela qual recursos, e não os bens primários propostos por Rawls, seriam a função da justiça distributiva socioeconômica, necessária para qualquer sentido jurídico correto. Mas não se compararam devidamente recursos com bem-estar, nem se contextualizou o que significa essa mudança de referência. O que deve ter ficado claro é que a base utilitária tem muitos problemas para enfrentar duas das questões mais fundamentais da justiça: a liberdade e a igualdade. Sem dar valor substantivo à igualdade e à liberdade, a interpretação jurídica é sempre provisória, e o utilitarismo não é uma base

totalmente segura para essa tarefa. Os esquemas institucionais utilitários pressionam os agentes às escolhas que satisfaçam uma maioria: boa é a ação que, no agregado, aumente a satisfação indicada por bens.

Por isso, a pretensão metodológica econômica, de que a escolha é só uma função ordinal de preferências reveladas, precisa de uma direção, que é essa finalidade do maior saldo agregado de utilidade sobre bens. As funções de escolha ordinal presentes nos modelos microeconômicos apresentam então grande dificuldade para tratar da justiça como exposta nas duas seções que abrem este capítulo. No utilitarismo, a liberdade é necessariamente uma função de criação de bem-estar agregado, e, por isso, o agente não tem tanta liberdade de escolher. A igualdade é a consideração igual que todos têm nas funções welfaristas: cada um vale um e ninguém vale mais do que ninguém. Ora, como asseverado, esses dois pontos são delicados, pois as pessoas são diferentes e aspiram coisas distintas. Afirmar que alguém vale exatamente o que vale outro só teria sentido de igualdade substantiva se as preferências de ambos fossem comparáveis por meio de funções cardinais, analiticamente fracas, quando disponíveis. Assim, em resumo, a igualdade utilitária pode ser vista só no segundo teorema da economia do bem-estar: ela depende de uma opção política externa, na forma de atribuições conversíveis nos bens que o agente escolher. Essas atribuições valem tanto quanto proporcionam bem-estar, segundo escolhas por bens. Aí está a questão final de uma análise econômica consistente: ela se reporta às escolhas. E escolhas vão ao âmago da vida contemporânea.

Choose life. Choose a job. Choose a career. Choose a family. Choose a big television, choose washing machines, cars, compact disc players and electrical tin openers. Choose good health, low cholesterol and dental insurance. Choose fixed-interest mortgages repayments. Choose a starter home. Choose your friends. Choose leisurewear and matching luggage. Choose a three piece suite on hire purchase...Choose your future. Choose life... But why would I want to do a thing like that?

Este famoso discurso inicial (com omissões de algumas palavras e que não se traduz pela imensa perda de sentido) do filme *Trainspotting*,³⁸ abduz ao cerne do problema da escolha: escolher é uma atitude ponderada entre desejos (paixões humanas) e razão (consequências). Levando em conta esses dois fatores, elas são racionais: satisfazem o sujeito de maneira ponderada. Mas escolhas têm que ser necessariamente sobre bens,

³⁸ O filme é baseado no romance de Irvine Welsh, produzido por Bafta, em 1996. O trecho citado está em inúmeras páginas na rede mundial de computadores, sugerindo sua popularidade e significado comum. Irvine Welsh, *Trainspotting*. O trecho está disponível em: <<http://www.popartuk.com/film/trainspotting/trainspotting-choose-your-life-fp0275-poster.asp>>. Acesso em 4/9/2009.

como os modelos microeconômicos de base utilitária welfarista parecem insistentemente indicar? Por que não escolher entre valores, como propunha Aristóteles, e ver os bens como meios para uma vida digna que vale a pena ser vivida? Essa é uma questão que está na fronteira da teoria política e econômica, e vem apresentando grandes desenvolvimentos desde os anos 1970.

Amartya Sen preocupa-se em dar uma resposta alternativa ao utilitarismo tendo em mente esse problema da escolha sobre bens. Para que sua resposta tenha consistência analítica, ele precisa superar a ideia fixa do bem-estar da escolha sobre bens e reconstruir uma teoria ética,³⁹ que se adapte não aos estados mentais de satisfação por bens (escolhas racionais ordenadas por bens), mas aos potenciais de levar uma vida digna de ser vivida ou uma vida de significados pautados por crenças e não por bens. E essa vida pode ser uma adoração por mercadorias e trabalhos, mas também pode ser uma vida simples, não relacionada a qualquer preço definido, como praticar caridade. O que importa então para Sen não é mais a função de bem-estar, mas as realizações, o que as pessoas de fato fazem com os bens que estão à sua disposição.⁴⁰ Assim, não são os bens escolhidos que importam, mas as realizações com os bens. A distinção entre as duas coisas é muito significativa, pois uma mesma quantidade de um mesmo bem pode patrocinar realizações diferentes, dependendo das escolhas individuais feitas. Isso significa que a ordenação dos bens cede lugar às realizações que se fazem com eles. O importante não é a escolha de um ou outro bem, mas o potencial de escolher uma vida digna.

Suponha-se alguém com muito pouco, mas muito feliz, e alguém com muitos bens e muito infeliz. A ideia de bem-estar captaria essa situação de forma reflexa: os poucos bens satisfazem no primeiro caso, mas os muitos não satisfazem no segundo. Basta. Os desejos no primeiro caso são modestos e no segundo, extravagantes. As razões para isso não importam. No caso de Sen, elas não só importam, mas passam a ser explicativas, pois desejar é diferente de valorar. No primeiro caso, o feliz valoriza o pouco que tem, enquanto o infeliz só manifesta desejos não realizados. Portanto, a capacitação para a vida depende não de bens fornecidos e alcançados, mas da opção concreta de

³⁹ “Mas gostaria de mostrar que a economia, como ela emergiu, pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humanos.” Amartya Sen, *Sobre ética e economia*, p. 25.

⁴⁰ “Mas assim que removemos a camisa-de-força do auto-interesse, torna-se possível reconhecer o fato inquestionável de que a condição de agente de uma pessoa pode muito bem orientar-se para considerações que não são abrangidas – ou pelo menos que não são totalmente abrangidas – por seu próprio bem-estar”. Idem, *ibidem*, p. 57.

escolher a vida que se quer levar usando esses bens como meios. O homem não seria um meio para atingir o bem. O bem é o meio para a vida digna.

O agente precisa, portanto, ter liberdade real de escolha, o que implica igualdade material.

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes. Além disso, as concepções individuais de justiça e correção, que influenciam os usos específicos que os indivíduos fazem de suas liberdades, dependem de associações sociais – particularmente da formação interativa de percepções do público e da compensação cooperativa de problemas e soluções. A análise e a avaliação das políticas públicas têm que ser sensíveis a essas diversas relações.⁴¹

Realizações representam o espaço das avaliações (e não o espaço das cestas de bens, como propõe a economia do bem-estar) dos bens, enquanto a capacitação exprime a possibilidade real de escolha pela vida que se quer viver. Qualidade de vida, portanto, não depende de bens, mas da capacidade de levar a vida que se dá valor. Nessa abordagem, a liberdade de escolha é que tem prioridade. Uma escolha idêntica feita por dois agentes diferentes pode demonstrar capacitações distintas. Um deles pode ter escolhido a melhor realização disponível, que no outro caso seria a pior. Destes elementos Sen retira dois conceitos fundamentais para avaliar as instituições sociais: primeiro, a efetiva capacidade de escolher entre realizações (e não bens) indica que a sociedade dá qualidade de vida às pessoas; segundo, bens primários são um tipo de avaliação conciliatória, pois ligam a satisfação à fruição de bens (meios) e não às capacidades de usar esses meios, por isso bens primários não são adequados para patrocinar a igualdade entre as pessoas⁴².

A concepção altera as avaliações sobre o mercado. Pois, se as liberdades são para escolhas dirigidas a valores (realizações) e não a bens, então o mercado deve patrocinar bens que sirvam de meios para essas escolhas. O mercado é a instituição que fornece bens para a realização da vida. Se ele falha nisso, ele não tem serventia para a qualidade de vida. O mercado então é que deve ser avaliado pelas consequências sobre as liberdades das pessoas, e não as ações em relação às situações de mercado. A ação correta é a ação valorizada pelo agente, e o mercado deve fornecer as condições de realização dessa vida que o agente entende correta. Se o mercado não dá as condições de vida para

⁴¹ Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, p. 46.

⁴² Bem-estar, bens primários e capacidades são concepções concorrentes em um espectro político liberal. Se alterada essa premissa normativa nenhuma das formulações fica isenta de críticas, como as de G. A. Cohen, *Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades*, in Martha Nussbaum e Amartya Sen, *La calidad de vida*, p. 27-28.

que os agentes escolham a vida que tem valor para eles, então o mercado, como meio para realizações e capacidades, não serve, uma vez que não patrocina a liberdade da escolha.

Três são as dimensões da liberdade: oportunidades para que as pessoas consigam o que valorizam; o peso individual que cada um tem na tomada de decisões em mercado e a imunização que as pessoas têm para não serem coagidas por outras. O mercado e, na realidade, toda instituição social deve ser avaliada pelas consequências que geram para essas dimensões da liberdade. Normalmente, o mercado, como o veem as teses utilitárias e até mesmo libertárias, consegue patrocinar os dois últimos objetivos, mas quase sempre falha na oportunidade.

O mercado falha em dar oportunidade aos agentes pois desconsidera as necessidades de cada um para a vida ou as capacidades para realizar a vida que se deseja. O mercado não falha por ineficiência, uma dimensão valorativa ainda importante em Sen. Se há chance de aumentar uma capacidade que seja sem piorar a de qualquer outro agente, o curso de ação que aumenta a capacidade deverá ser adotado. Aqui, entretanto, a eficiência já é débil, porque não é a pressão normativa última sobre a atividade, mas a pressão sobre a capacidade ou sobre as liberdades. Por conseguinte, é possível que uma situação seja ineficiente no sentido forte de Pareto, mas não o seja no sentido que lhe dá Sen. Supondo que uma fábrica, com os mesmos recursos e trabalho, pudesse aumentar a produção em 10%, isso significaria a existência de um mundo possível, digamos P, que seja mais eficiente que o atual. Logo, seria razoável supor que todas as medidas necessárias para atingir P deveriam ser tomadas, pois a inércia seria socialmente indesejada. Indesejada porque, no mínimo, as providências aumentariam 10% o bem-estar patrocinado pela fábrica. Para se chegar a essa conclusão, é necessário entender que, ao aumentar em 10% o bem-estar, a curva de oferta seria deslocada para a direita e esse deslocamento proporcionaria alguma inclusão, pois mais bens estariam disponíveis ou menores preços seriam praticados. Mas e se essa melhoria não patrocinasse melhora de liberdade para ninguém? É possível que isso acontecesse em um caso de fornecimento já satisfatório, e em que os recursos poupados seriam desprezíveis. Nesse caso, aumentar ou não a produção não teria muita valia para as liberdades das pessoas.⁴³

O mercado, não sendo intrinsecamente errado ou certo, deve falhar então por outra razão que não eficiência. Ele falha na distribuição do produto, conforme antes

⁴³ “O papel da renda e da riqueza – ainda que seja importantíssimo, juntamente com outras influências – tem de ser integrado a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação.” Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, p. 35.

colocado neste capítulo. Então, o que realmente importa nesse passo é assinalar como a avaliação consequencial que Sen propõe altera a polaridade utilitária sobre o valor bem-estar e a garantia deontológica libertária sobre propriedade como condição suficiente para a justiça procedimental de mercado.

Na avaliação de Sen, entre a pressão utilitária sobre o único bem importante, a produção do maior bem-estar e a miopia libertária sobre uma justiça procedimental jamais realizada, que oscila entre a privação de alguns em nome de uma suposta garantia de liberdades contra a coletividade, há um tipo de avaliação consequencial em função das liberdades essenciais de viver a vida à qual o indivíduo dá valor. Isso significa que as razões relativas ao agente são importantes para a avaliação de qualquer curso de ação. As consequências propostas por Sen são de que, se é impossível uma universalização total dos valores morais, nem por isso é inviável avaliar o agir pelos resultados, dado que estamos todos comprometidos com os demais⁴⁴ no que concerne a liberdades. Por essa razão, se não há o valor moral absoluto, há algum valor não relativo que permita a atuação em função do patrocínio de liberdades. O autor não relativiza a moralidade da redistribuição, mas só admite que o fato de inexistir um critério absoluto para avaliar o agir não justifica a inação. Há coisas a fazer e coisas que são boas, segundo patrocinem as capacidades de todos viverem vidas que julguem valiosas.

Por isso a pobreza assume papel relevante na teoria de Sen. Todos têm que ter capacidade de viver a vida digna e todos têm obrigações relativas à vida digna dos demais, pois, se assim não fosse, a resposta libertária se qualificaria como a única possível, ainda que incoerente. O reconhecimento desse aspecto é o fundamento da afirmação de que o agente tem autonomia até o ponto em que essa autonomia não atrapalha a coesão social. Esse reconhecimento está na base liberal do pensamento contemporâneo e retoma o expectador solidário de Adam Smith.⁴⁵ Na linguagem de Sen, a vida social envolve todos nas realizações e capacidades dos demais e que força a não agir apenas sobre o autointeresse,⁴⁶ mas sobre o interesse de todos.⁴⁷

⁴⁴ “As vantagens do raciocínio consequencial que usa a interdependência e a ponderação instrumental podem ser então combinadas não apenas à avaliação intrínseca mas também à sensibilidade ao agente e relatividade à avaliação da posição moral.” Amartya Sen, *Sobre ética e economia*, p. 93.

⁴⁵ “De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o distanciamento entre economia e ética.” Idem, *ibidem*, p. 44.

⁴⁶ “A verdadeira questão é se existe ou não uma pluralidade de motivações ou se unicamente o auto-interesse rege os seres humanos.” Idem, p. 35.

É essa a forma pela qual os projetos redistributivos por meio de tributos podem ser alcançados em termos de manutenção social em função do todo: não se trata só de diminuir as utilidades de quem perdeu renda para quem a ganhou, mas de uma obrigação direcionada ao fim de patrocínio de liberdades de todos. Por esse motivo as ações distributivas não são obrigações em sentido deontológico, nem consequenciais utilitários. São consequenciais no sentido que Sen lhe dá: de capacitações.

Existem naturalmente semelhanças entre o pensamento de Sen e o liberalismo igualitário, mas não identidade ou sobreposições. É que o pensamento de Sen sobre a pobreza é mais complexo e profundo do que o de Rawls e Dworkin, em pelo menos dois sentidos: em primeiro lugar, ele consegue enxergar a enorme diversidade de tipos de pobreza e carência de recursos, segundo as diferentes culturas.⁴⁸ As teses igualitárias mais convencionais tendem para abordagens históricas das comunidades anglo-americanas. Em segundo lugar, Sen não acredita que bens primários constituam uma resposta adequada para todas as situações de desigualdade, pois, por serem uniformes, não tratam as desigualdades como tais. O autor não propõe algo que possa substituir todas as construções igualitárias nem a elas se reporta de maneira automática, pois, consciente das contingências culturais e pessoais, Sen não pretendeu algo tão racional e universal quanto os princípios de justiça de Rawls, por exemplo.

Há nele, claramente, a urgência da decisão pública de dar capacidades a todos, segundo as possibilidades fáticas econômicas contingentes. Seu compromisso é de redução de pobreza e desigualdade social, de aumento das liberdades, de cumprimento das promessas da razão, pela solidariedade.⁴⁹ Essa ação não é só intuitivamente possível e

⁴⁷ Sen recorre aí à teoria dos jogos: “O comportamento, em última análise, também é uma questão social, e pensar em termos do que ‘nós’ devemos fazer ou qual deve ser ‘nossa’ estratégia pode refletir um senso de identidade que encerra o reconhecimento dos objetivos de outras pessoas e das interdependências mútuas existentes”. Amartya Sen, *Sobre ética e economia*, p. 101.

⁴⁸ “A teoria de Amartya Sen do ‘Desenvolvimento como Liberdade’ também aborda o tema do desenvolvimento, centrado na pessoa humana e não no Estado, sua concepção de desenvolvimento, como a concepção de Hanna Arendt, está aquém da lógica da soberania. O que significa dizer o que o fenômeno do poder é visto enquanto ação coletiva e não submissão, seja ela de que tipo for. Esse processo da ação coletiva é que viabiliza a expansão das liberdades individuais, expansão essa propiciadora do desenvolvimento. A responsabilidade fundamental do ser humano é exercitar sua liberdade individual enquanto comprometimento social.” Guilherme Assis de Almeida, direito e desenvolvimento: o humano, o econômico e a liberdade, em Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, *Curso de filosofia do direito*, p. 522.

⁴⁹ “A solidariedade representou um complemento necessário aos direitos clássicos, reconhecidos nas declarações de direitos humanos do século XVIII. Enquanto os valores da liberdade e da igualdade levam o ser humano a preocupar-se com o que é próprio, a solidariedade faz com que todos sejam convocados a defender o que é lhes é comum.” Elza Antônia P. C. Boiteux, A constante axiologia dos direitos humanos, in Maria Vitória Benevides et als. (org), *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*, p. 392.

recomendável, mas é uma imposição moral urgente e que prescinde de análises muito complexas sobre as consistências dos modelos e a coerência das decisões. Basta que haja um compromisso inequívoco na melhoria das condições das pessoas para que elas decidam a vida que querem viver. Para isso não é necessário apagar todo o conhecimento econômico já alcançado, mas tão somente limitar sua aplicação a situações significativas.⁵⁰

Sen pensa em um desenvolvimento inclusivo não pelos bens, como o *welfarismo*, mas pelas capacitações para realizar o que cada um dá valor. Mas uma proposta resourcista deste tipo é largamente indeterminada. Não é possível distinguir muito claramente de que tipo de desenvolvimento se trata. Há muitos desenvolvimentos possíveis dentro deste mesmo espectro de capacitações. Por vezes ele não se distingue muito do bem-estar. Mas certamente ele tem uma função distributiva interna. Há um padrão de exigência sobre as condições de vida das pessoas. Manter a pobreza, a desigualdade, a indignidade e o desrespeito à vida não pode se justificar em nenhum aspecto, nem que isso tenha bases científicas.⁵¹

Por isso, a expansão das liberdades como meio de garantir uma vida digna⁵² pode ser usada no direito e mensurada, tanto quanto os agregados de utilidade. O desenvolvimento é a chave para a subsistência sustentável do planeta ou da vida no planeta. Apenas o oferecimento de condições de vida em muitos bens não como utilidades, mas como meios de capacitação para a vida, como educação, saúde, saneamento, habitação, é que garantem a sustentabilidade da existência humana.⁵³ A capacitação para a vida é que representa o desafio real para políticas públicas conscientes.⁵⁴ O direito

⁵⁰ “Evidentemente, pode não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do auto-interesse não é irracional, pelo menos não necessariamente, mas asseverar que tudo o que não for maximização do auto-interesse tem de ser irracional parece absolutamente insólito.” Amartya Sen, *Sobre ética e economia*, p. 25.

⁵¹ “Quando nos concentramos nas liberdades ao avaliar o desenvolvimento, não estamos sugerindo que existe um critério de desenvolvimento único e preciso, segundo o qual as diferentes experiências de desenvolvimento sempre podem ser comparadas e classificadas.” Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, p. 49.

⁵² “O objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. As capacidades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas. Ao se instituírem disposições institucionais apropriadas, os papéis instrumentais de tipos distintos de liberdade precisam ser levados em conta, indo-se muito além da importância fundamental da liberdade global dos indivíduos.” Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, p. 71.

⁵³ “Mas a palavra ‘desenvolvimento’ aqui não está estritamente relacionada à questão do progresso material, mas à capacidade que uma sociedade tem de produzir inclusão social e, com isto, conduzir ao desenvolvimento humano, ou seja, ao atendimento de fatores que condicionam a dignidade humana.” Guilherme Assis de Almeida, *Direito e desenvolvimento: o humano, o econômico e a liberdade*, em Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, *Curso de filosofia do direito*, p. 523.

⁵⁴ As capacitações de Sen inspiram a maior parte dos novos indicadores econômicos, não mais centrados no produto (bem-estar agregado ou produção). Eles se voltam para a dignidade igual da vida que vale a pena ser

responde a esses anseios na medida em que coloca os discursos políticos sobre a realização deste mundo possível.

6.5 Uso admissível de critérios econômicos na hermenêutica jurídica – Mostraram-se na última seção do capítulo cinco e na seção dois acima, dois limites de aplicação da AED: quanto a argumentos internamente consistentes e quanto às consequências justas dos argumentos na realidade. Mas ainda é possível que, como asseverado no segundo capítulo, com base em Dworkin, que consequências possam pautar argumentos pela empiria, sempre que reforçarem ou tornarem evidentes os fins morais justos do direito. O desenvolvimento é uma forma viável de aplicar modelos econômicos ao direito, porque há nele algo além do crescimento ou da pressão por bens. Essa forma de pensar o desenvolvimento equipara-se à ideia jurídica de justiça social e atende requisitos para significados jurídicos corretos ou adequados, na medida em que capacitem as pessoas, pela distribuição do produto social, para realizarem uma vida digna.

O desenvolvimento procura integração e necessita de políticas públicas consistentes para superar as deficiências distributivas do mercado. Desenvolver é mais do que crescer, e eventualmente pode até prescindir de crescimento, pois a renda bruta distribuída pela média tem quase nenhum poder explicativo. Ela não fala nada objetivamente sobre as condições reais das pessoas. O que importa são capacidades para dar às pessoas uma vida plena e digna. E essa não é uma fórmula discursiva ou uma espécie de intenção pueril. Trata-se de um discurso tecnicamente rigoroso, cuja complexidade está precisamente nas suas sutilezas. Não há fórmulas econômicas revolucionárias novas. Há a consciência de que as bases analíticas da economia dirigem-se ao fim de ampliação das liberdades. A normatividade econômica aí alterou-se e ficou mais próxima do significado jurídico.

Diante disso, todos os modelos já expostos têm ainda aplicação possível no direito, mas não precisamente nos termos de eficiência e patrocínio de bem-estar em qualquer caso, como a AED convencionalmente postula. Há situações negativas, como mostrado neste capítulo, em que a AED e sua normatividade criam um descompasso, um

vivida. Sugestivos são alguns dos motes dos indicadores econômicos, sociais, políticos e jurídicos do PNUD: “Monitorizar o desenvolvimento humano: alargar as escolhas das pessoas... para viverem uma vida longa e saudável... adquirirem conhecimento... terem acesso aos recursos necessários para um nível de vida digno... enquanto os preservam para as gerações futuras... protegendo a segurança pessoal... e alcançando a igualdade para todas as mulheres e homens... Instrumentos dos direitos humanos e do trabalho”. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Relatório de desenvolvimento humano, 2007/2008 – Combater as alterações climáticas: Solidariedade humana num mundo dividido, p. 231 e ss.

vazio ou uma confusão de sentido jurídico, porque pressiona a dúvida do intérprete para consequências externas à decisão previsivelmente injustas.

Por essa razão, será necessário retomar brevemente os modelos e afirmar algumas possibilidades aplicativas dentro da perspectiva do desenvolvimento. Para tanto, é preciso estabelecer distinções entre comportamentos econômicos, pois certos comportamentos devem ser preservados como sempre foram, em termos de defesa do autointeresse, e outros modificados para incluir uma racionalidade diferente. Na perspectiva adotada ao longo do trabalho, as liberdades individuais das relações em mercado e os comportamentos a elas relacionados têm que ser preservados dentro de suas formulações convencionais, ao mesmo tempo em que a ideia de solidariedade social, de participação e de moralidade devem ultrapassá-las. Em outras palavras, os comportamentos de mercado exprimem só uma parte das liberdades individuais.

Saída, voz e lealdade são formas simples de classificar a ação, sem necessidade de considerações modelares mais complexas, como a teoria dos jogos ou comportamentos estratégicos, e que, ao mesmo tempo, atendem ao requisito de inclusão de pautas gerais de entendimento do agir não só com base no autointeresse revelado por escolha por bens. A descrição por saída, voz e lealdade, dirige-se pelas intenções gerais do sujeito ao ingressar em uma interação social, atendendo ao requisito da racionalidade instrumental econômica, mas a não fixa necessariamente sobre a maximização do autointeresse individual pautado por preços.

Saída indica que alguém pode manifestar desinteresse ou interesse em algo simplesmente entrando ou se mantendo em uma relação. É uma fórmula binária típica, pois, se o agente estiver satisfeito, ele adere ou se mantém em uma relação; se ele estiver descontente, ele procura uma substituição ou simplesmente sai de uma relação específica. Um consumidor descontente com um produto pode substituí-lo por outro e, assim, manifestar pela saída a situação que entende insatisfatória.

Voz significa exigência de alterações sobre aspectos que se veem como errados em algo. O agente altera seu comportamento exigindo alterações no comportamento do outro. Se consumidores não estão de acordo com a forma como uma concessionária de serviços públicos atua, eles poderão exigir mudanças no comportamento da empresa. Neste caso, o padrão voz não pode ser medido no padrão binário da saída, porque o descontentamento do agente e suas exigências podem ser difusos e bastante complexos. É possível que um descontentamento com os serviços de uma empresa

simplesmente não possa ser satisfeito, por impossibilidades materiais e, assim, a compreensão da situação pode ser uma conclusão adequada para o comportamento voz, simplesmente com a prestação de algumas informações.

Lealdade é em geral vista como uma precondição para o comportamento baseado no padrão voz. Por lealdade entende-se a relação pessoal que um agente desenvolve com outro. A lealdade desenvolve-se em termos mais afetivos e complexos que o simples bem-estar patrocinado por uma relação. Lealdade é importante para a voz porque, sem ela, possivelmente, agentes descontentes não exigiriam mudanças pela voz. A lealdade, mostrada por relações estabelecidas entre agentes que estejam também no campo emocional dos dois, indica vontade de participação.

Não é difícil ver que a saída está intimamente associada às liberdades negativas de um agente para com outro e que se mantém no estrito papel individual dos dois em uma relação específica. Comportamentos explicados pela saída são importantes na medida em que asseguram as qualidades básicas do mercado, identificadas por Sen: dar papel relevante aos agentes para suas relações e garantir a não intromissão nas decisões individuais, sempre que os sinais exógenos sejam suficientes para explicar a interação. Nestes termos, a saída está para a liberdade, assim como o mercado está para o patrocínio de algumas das capacitações básicas: ela pretende dar o peso adequado do indivíduo em uma dada relação, sem considerá-lo mais ou menos do que um único ser livre formalmente igual aos demais, como já propunha o utilitarismo. Nesse sentido, comportamentos pautados pela saída podem ser expressos no direito em termos modelares econômicos convencionais. Portanto, no direito, os comportamentos individuais comutativos e retributivos, associáveis a manifestações binárias do tipo sim/não, podem ser explicados pelo uso de modelos microeconômicos. Nesse caso, a normatividade tradicional dos modelos (criação de bem-estar e eficiência) não entra em choque necessário com a normatividade jurídica aplicável.

Voz e lealdade designam comportamentos sociais diferentes. Elas indicam necessidade de participação e se relacionam à liberdade positiva, à necessidade que agentes têm de criar ou modificar as próprias regras que obedecerão, regras essas que estarão além da retributividade e da comutatividade. Além disso, voz e lealdade aproximam-se de comportamentos pautados pelo afeto, descrevendo como agentes adquirem obrigações relativas, especiais para com o outro. Emoção e solidariedade têm maior peso aqui e, por isso, esses comportamentos estão fora dos modelos econômicos usados pela AED. Essas

são relações em que os modelos econômicos podem ser apenas parcialmente aplicados, segundo propiciem a realização de fins diferentes dos que eles mesmos trazem normativamente. Em outras palavras, os argumentos consequenciais econômicos da AED servem não como um concessor final de sentido racional, mas como meio de demonstrar empiricamente que certos valores escolhidos pelo agente tem efeitos compatíveis com o sentido jurídico justo.

Lealdade e voz não inviabilizam completamente modelos econômicos, mas os restringem a certos fins que não são precisamente os normativos presentes nos próprios modelos. Os modelos, para comportamentos pautados por voz e lealdade, são meios empíricos para se chegar a argumentos com sentido final justo. Portanto, a AED, nesses casos de lealdade e voz, sofre restrições bastante amplas. Ela só será viável como instrumento de patrocínio de normatividade que está fora dos modelos que ela pretende aplicar. Nesse sentido, voz e lealdade descrevem estratégias sociais que estão fora da via de separação rígida entre igualdade e liberdade. Liberdade e igualdade fundem-se no campo moral do justo. Por isso, voz e lealdade relacionam-se à igualdade material e às obrigações sociais morais recíprocas de cuidado.⁵⁵

A distinção esboçada a partir das estratégias de comportamentos econômicos precisa ser testada. Não há como encerrar esse tema sem alguma base indutiva que confirme a tese defendida. Assim, mais uma vez, a exemplo do que se fez antes neste capítulo, analisa-se o caso de incidência de ICMS na importação por contribuinte não habitual do imposto. Antes disso, argumenta-se sobre a posição relativamente tranquila da hipótese em que a análise econômica tal qual advoga a AED aplica-se. Esta é uma circunstância bastante antiga.

No julgamento do RE 60.294/RJ, o Supremo Tribunal Federal apreciou questão de retomada de imóvel locado para cinema. A questão versava, substancialmente, sobre a titularidade do fundo de comércio, no caso, se ao proprietário do imóvel, que o

⁵⁵ “Lealdade, entretanto, também tem um valor em si mesma. Ela contribui para o apego emocional a uma certa organização, pessoa ou grupo de pessoas e suas identidades. O apego gerará um esforço de trabalho mais intenso ou relação, expressando os compromissos de trabalhadores ou consumidores. Lealdade pode não só ajudar a estratégia da voz, como uma expressão distinta de deliberação; ela pode também complementar a voz. Voz expressa confronto, enquanto lealdade é uma forma relacional de expressão, que, em certos contextos é mais apropriada.” No original: “Loyalty however, also has value in itself. It contributes to emotional attachment to a certain organization, person or group of people and their identity. The attachment will generate a more intense work effort, or relation, expressing workers’ or consumers’ commitments. Loyalty may not only help the strategy of voice, as a distinct expression of deliberation, it may also complement voice. Voice is confrontational whereas loyalty is a relational form of expression, which, in certain contexts is more appropriate”. Irene van Staveren, *The values of economics: an Aristotelian perspective*, p. 64.

havia alugado já para fins de diversão e entretenimento, com as reformas e adaptações necessárias, ou se ao locatário, que explorava negócio no imóvel havia mais de dez anos. O proprietário do imóvel afirmava que o fundo de comércio não pertencia ao locatário, pois o recebera já adaptado. O locatário alegava em contrário a preponderância de seu direito, diante de sua atividade comercial ininterrupta. O fundo de comércio seria seu a legitimar sua permanência no imóvel. A decisão foi no sentido de não cabimento do recurso, mantida a decisão que negava a renovação locatícia. Mas o Ministro Aliomar Baleeiro, inspirado em Vivante, lembra em seu voto que a lei de luvas regulara a matéria em um período de depressão, e que as novas circunstâncias econômicas inflacionárias obrigavam outra leitura do dispositivo. O teor da lei tinha um significado diferente com a mudança de circunstâncias, o fundo de comércio deveria estar em mãos dos proprietários porque, a despeito do uso comercial que o locatário fizera por mais de dez anos ininterruptos, a atribuição de direitos eternos a este último não atendia aos fins econômicos da lei.

Naturalmente que, na ocasião do julgamento, não havia preocupação com a demonstração analítica de que economicamente a decisão tomada seria a decisão correta por modelos microeconômicos. Nem houve uma preocupação explícita sobre que modelos especificamente poderiam ser usados para concluir que, entre duas interpretações, uma deveria ser melhor que a outra, como afirmou Aliomar Baleeiro. No caso, a interpretação privilegiava a retomada do imóvel mais por razões macroeconômicas, adaptados a pressupostos keynesianos (a moeda e seu valor eram variáveis). Mas, ainda assim, o critério era claramente econômico, pois a interpretação privilegiava a utilidade do bem para o proprietário, mais do que ao locatário. E nisso a interpretação seguiu a lógica que as partes mostravam relativamente a comportamento econômico pautado pela saída. Não havia interesse das partes em modificações nem se expressava problemas de assimetria informacional ou de desigualdade entre as partes. Elas estavam em condições de litigar materialmente no mesmo patamar e seguiam padrão comutativo e retributivo,⁵⁶ para

⁵⁶ “Enquanto a justiça comutativa se preocupa com equilíbrio nas trocas de bens no contrato, a justiça distributiva se preocupa com a compensação entre os que têm e os que não têm. Em nosso sistema, a previsão de igualdade ocorre em três níveis: (i) em primeiro lugar, pela submissão de todas as pessoas a um regime jurídico comum, independentemente das diferenças sociais; (ii) em segundo lugar, pela igualização das condições sociais de vida, vez que o objetivo fundamental da República é ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (Constituição Federal, art. 3.º, inciso III); (iii) em terceiro lugar, pelo respeito à identidade cultural de certos grupos sociais (o art. 231 da Constituição federal se refere especificamente aos indígenas); a igualdade neste sentido significa respeitar as diferenças biológicas e culturais entre os seres humanos.” Elza Antônia P. C. Boiteux, *A constante axiologia dos direitos humanos*, in Maria Vitória Benevides et al (Org.) *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*, p. 392

afirmar sim (continuidade da relação locatícia) ou não (solução de continuidade da mesma relação jurídica). Por isso os modelos econômicos de eficiência e maximização do bem-estar poderiam ser aplicados às relações apresentadas. As consequências resultantes da aplicação seriam tão somente a afirmação do peso igual de cada parte na demanda e a não ingerência sobre as decisões de cada agente. Com isso, o mercado estaria atendendo os fins de que antes se falou, relativamente à liberdade ou capacitações.

Agora se passa a outra decisão sobre um intrincado problema de direito tributário, a incidência de ICMS nas importações, quando os bens importados não se destinem a futuras operações comerciais. As hipóteses tratadas são sobre o pagamento do mesmo tributo já comentado de forma geral na seção 3 deste mesmo capítulo, quando o adquirente do bem, importador, não destiná-los à circulação econômica. A discussão existe há longa data⁵⁷ e envolve um problema comutativo simples: transações comerciais internacionais desoneradas de impostos sobre vendas.⁵⁸ Os Estados nacionais preocupam-se em patrocinar o comércio exterior em busca de relações comerciais, ampliação de mercados, obtenção de divisas. As aquisições internas no Brasil são oneradas com o ICMS, normalmente repassado nos preços dos produtos em circulação. Assim, aquisições internas, diferentemente das internacionais, embutem custos tributários do ICMS. Por essa razão econômica, toda importação, qualquer que seja a destinação do bem e qualquer que seja a qualidade do importador, deve pagar o mesmo tributo que a aquisição local. De outra forma, se algumas hipóteses fossem oneradas e outras desoneradas, os estímulos econômicos para a aquisição interna ou externa de produtos e serviços estariam confusos.

Convém lembrar somente que a tradição dos impostos incidentes sobre vendas, por razões de eficiência econômica, estruturou a ideia de não cumulatividade no Brasil, pela qual o tributo efetivamente pago em uma operação será deduzido das

⁵⁷ O fechamento do mercado brasileiro aos produtos estrangeiros como resultado de políticas de substituição de importações, em implementação desde os anos de 1950, limitou consideravelmente as discussões a respeito do tema ao tempo da constituição anterior. Ainda assim, as lições de Aliomar Baleeiro acabaram por delimitar os problemas como se os entendem até hoje: “Por força do Decreto-lei 406, a mercadoria estrangeira ficará sujeita ao ICM quando entrar no estabelecimento comercial, industrial ou produtor de quem a importou. Vale dizer, quando importada por negociante, industrial ou produtor de qualquer natureza...”. Aliomar Baleeiro, in Aliomar Baleeiro e Misabel Abreu Machado Derzi, *Direito tributário brasileiro*, p. 380.

⁵⁸ A ideia mais fundamental nas lições de direito tributário é de tributação no Estado de destino, exceto no caso de mercados integrados, circunstância em que se privilegia a tributação na origem, para manter as receitas no Estado produtor: “Assim, a regra da tributação no Estado de destino (o importador), com exoneração na origem (Estado exportador), é aquela adequada aos mercados não integrados, aquela que se pratica no comércio internacional de modo geral, inclusive na América Latina”. Misabel Abreu Machado Derzi, in Aliomar Baleeiro e Misabel Abreu Machado Derzi, *idem*, p. 382.

posteriores.⁵⁹ A não cumulatividade estabeleceu-se como um tipo de simplificação da técnica da tributação sobre valor agregado. A real eficiência econômica desse sistema é um debate a ser empreendido, mas que aqui fugiria ao cerne do problema exposto. Rapidamente, é possível afirmar que o regime de apropriação de créditos de tributo pago em operações anteriores distorce a incidência, onerando excessivamente o início da cadeia produtiva, com poucos créditos a serem apropriados. Além disso, o sistema de créditos tem dois efeitos negativos sobre o princípio federativo por ser um imposto cobrado na origem, dado que (a) proporcionam campos inusitados de guerras fiscais entre Estados por meio de concessões de créditos, principalmente na modalidade financeira e (b) concentram renda em Estados produtores. De qualquer forma, os créditos não serão aqui debatidos, ainda que tenham fundamentos econômicos evidentes, na pretensa eficiência tributária que patrocinariam.

Por último, advirta-se que um dos aspectos morais mais relevantes do ICMS é a exclusão do cidadão dos debates judiciais sobre o assunto. O cidadão, que arca com o ônus financeiro do tributo, em geral, nada pode dizer a respeito. A complexidade do regime de incidência, apurações de débitos, compensações de créditos, apropriações de incentivos fiscais e desonerações, transformam o imposto num mistério para o consumidor, que arca com o ônus financeiro do tributo, mas é alijado completamente das discussões sobre ele. No entanto, a arrecadação do ICMS é uma das mais elevadas no sistema tributário. E, por se tratar de um imposto proporcional, o tributo sobre circulação de bens é extremamente regressivo, onerando proporcionalmente mais os que menos podem arcar com ele. Essas características transformam as atuais discussões judiciais sobre o tributo, na realidade, em debates sobre a titularidade dos valores financeiramente já suportados pelo consumidor. Os argumentos são quase sempre patrimoniais, em um olhar libertário de direitos fundamentais sobre propriedade particular e exercício profissional, que o Estado, em sua fúria arrecadatória, pretenderia invalidar. Existem argumentos, estes mais sutis, sobre a interpretação das normas em termos analíticos. Os dois tipos de argumentos não são consistentes com as bases antes fixadas: nem atentam para a impossibilidade de um direito absoluto à propriedade nem com ela afirmam um fim justo. Não se deve esquecer que as apropriações privadas do tributo podem significar condições competitivas aleatórias

⁵⁹ “No Brasil, a técnica do ‘valor acrescido’ começou a partir de 1958 com o imposto de consumo... O art. 49, em termos econômicos, manda que na base de cálculo do IPI deduza-se do valor do ‘output’, isto é, do produto acabado, a ser tributado, o ‘quantum’ do mesmo imposto suportado pelas matérias-primas, que, como ‘input’, o industrial empregou para fabricá-lo.” Aliomar Baleeiro, in Aliomar Baleeiro e Misabel Abreu Machado Derzi, *Direito tributário brasileiro*, p. 353.

muito mais vantajosas para o contribuinte, que se apropria do tributo, porque a incidência é elevada. São frequentes casos de conquista de mercados com base em prática de preços predatórios possibilitados pelo não pagamento de impostos sobre vendas.

Com estas poucas considerações é possível entrever que as questões econômicas sempre estiveram presentes nas discussões sobre o ICMS. No caso da importação de bem, elas sempre se dirigiram no sentido de que a desoneração do tributo equivaleria a um estímulo ao produtor externo pelos preços mais atrativos que eles teriam na exportação para não contribuintes domiciliados no Brasil.

É interessante lembrar que na Constituição Federal, os dispositivos relevantes já foram alterados, sem resolver a questão.⁶⁰ A enormidade de dúvidas legais e regulamentares envolve a interpretação e integração de diversos aspectos obscuros e omissos: questões sobre o aspecto temporal da hipótese de incidência (momento de incidência do tributo ou a definição em cada caso do termo legal “entrada de produto estrangeiro”); problemas relativos aos aspectos materiais da incidência (circulação jurídica e econômica da mercadoria ou o esclarecimento sobre a expressão “bem ou mercadoria importada do exterior”) e créditos (não cumulatividade ou o problema da assunção do ônus do tributo sem poder abatê-lo de operações posteriores, inexistentes) são apenas alguns exemplos.

No debate do Recurso Extraordinário 203.075-9/DF, tratou-se longamente sobre a possibilidade de imposição do ICMS relativamente à entrada de bem importado por pessoa física, quando de sua venda. O bem havia sido importado para uso próprio por representante diplomático, sem incidência do tributo, mas em que houve exigência retroativa na venda posterior, a teor do texto original do art. 155, parágrafo 2º, IX, “a”, da Constituição. O grande problema era saber se a pessoa física adquirente poderia ser assimilada ao conceito constitucional de importador. A conclusão foi de que não poderia, pois na redação original do dispositivo, a incidência devia se restringir ao conceito de estabelecimento, distinto do domicílio da pessoa física. Estabelecimento, por realizar

⁶⁰ O ICMS está previsto como tributo de competência estadual (art. 155, II, da Constituição). Ele incidirá sobre bem importado nos termos do parágrafo 2º, IX, “a”, da CF: O ICMS... “IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 33, de 2001). A redação anterior do mesmo dispositivo afirmava: “a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”. República Federativa do Brasil, Constituição Federal.

operações econômicas contínuas ou habituais, teria direito a crédito. Sobre o argumento econômico da inconveniência da exoneração, afirmou-se que esses seriam argumentos *de lege ferenda*.⁶¹ O precedente estabeleceu então que o ICMS deveria incidir nas importações somente se o importador fosse contribuinte do imposto, sujeitando-se às condições legais para exercício da não-cumulatividade. A questão hermenêutica fundamental posicionou-se sobre a qualidade do importador. Argumentos econômicos não tiveram qualquer efeito sobre o julgamento.

Pois, se era assim, sobreveio alteração do dispositivo, agora muito mais fechado sobre a hipótese, pois prevê a incidência para importações feitas por pessoa física, qualquer que fosse a finalidade da importação. O código forte do novo texto não evitou questionamentos nas mesmas bases anteriores, nos termos de novas ações propostas sobre o mesmo tema.⁶² Os Recursos Extraordinários 206.069-1/SP e 461.968-7/SP versaram sobre incidência de ICMS sobre importações anteriores à EC 33/2001, mas julgados posteriormente à alteração. As importações foram realizadas por contribuintes, mas sob o regime de arrendamento mercantil.

O primeiro caso (RE 206.069-1/SP) é de importação sob o regime de arrendamento de bem destinado ao ativo da empresa, que alegou não ter ocorrido transferência de propriedade, pela tipologia do negócio jurídico do qual decorreria a entrada do bem em território nacional. O julgamento nesse caso privilegiou argumentos econômicos e entendeu que a efetiva transferência da propriedade ao importador não tinha significado. “Assim, uma vez concretizada a importação mediante a entrada de mercadoria ou bem destinado ao ativo fixo, tem-se por ocorrida a circulação econômica, por presunção constitucional”. Nesse sentido, o julgado entendeu correta a tributação da operação, mesmo com as dificuldades da redação anterior do dispositivo constitucional e com os precedentes históricos do Tribunal, que privilegiam o negócio jurídico de feição econômica para marcar a incidência, desde a década de 1960. O raciocínio do julgado é mais claro

⁶¹ “Sensibilizou-me o argumento do Sr. Ministro Nelson Jobim, o argumento econômico no sentido de que a operação, nesses termos, poderia esvaziar as importadoras que comercializam o veículo. O argumento é, na verdade, relevante, que deve, entretanto, ser visualizado pelo legislador. Vale dizer, essa é uma questão ‘de lege ferenda’.” Esse precedente é claramente o caminho pelo qual sociedades empresárias não contribuintes de ICMS passaram a ser exoneradas do pagamento do ICMS, conforme RE 185.789-7/SP, ao qual inúmeros outros foram vinculados. República Federativa do Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 203.075-9/DF e RE 185.789-7/SP.

⁶² Atualmente o Supremo Tribunal Federal está para julgar ações que versam sobre incidência de ICMS sobre importação realizada por não contribuinte, como o RE 474267 e o RE 439796.

economicamente no trecho em que afirma as dificuldades de tributação ponderando problemas de verificação.⁶³

Mas, no segundo caso (RE 461.968-7/SP), relativo a importação de aeronaves, suas partes e peças em manutenção, sob o regime de *leasing*, a orientação anterior mudou. O arrendamento mercantil foi visto sob o prisma da opção de compra, ou seja, a efetividade da operação de circulação jurídica e econômica estava sob a condição de aquisição da propriedade pelo exercício da opção de compra. O regime de tributação então se submete aqui não à realidade econômica estampada pelo próprio interesse da parte na ação, mas por qualificações mais fundas, relacionadas a certos aspectos da propriedade, vistos sob a perspectiva tradicional do domínio sobre bens, e não o domínio sobre capital, como anteriormente sustentado no julgamento da ADI 3.273-9/DF, da mesma relatoria.⁶⁴ Na realidade, o regime jurídico do arrendamento mercantil é funcionalmente ligado à tese do financiamento do produto pelo tempo aproximado igual ao de sua amortização. O ponto econômico que justifica a existência jurídica do *leasing* não é a integração do bem ao ativo do arrendatário, mas a integração do capital decorrente de seu uso na atividade ou o potencial do bem em gerar riquezas. A questão do domínio transferível é acidental no *leasing*. O arrendatário está interessado nas rendas que o bem, aplicado na atividade, pode gerar e não na integração do bem ao ativo, para sua transferência. Neste caso, houve a prevalência de argumentos formais (transmissão efetiva de propriedade como aspecto material da incidência do ICMS importação). Mas este aspecto aparentemente deontológico puro não estaria sendo usado de maneira um tanto invertida quanto aos efeitos na realidade econômica subjacente?

A resposta parece ser afirmativa. Há uma preocupação implícita no julgado com um aspecto econômico ligado à indústria de transporte aéreo, que enfrenta dificuldades em todo o mundo, pelos seus altos custos operacionais, nem sempre cobertos

⁶³ “O fato é que a necessidade da análise dos negócios que motivaram a entrada da mercadoria importada, para fins de verificação da possibilidade de tributação em ICMS, traria como consequência uma imensa dificuldade na imposição do tributo sobre importação de um bem adquirido por força de contrato internacional que eventualmente não encontre correspondente no direito brasileiro, ou cujos contornos, em sede internacional, se revelem distantes dos realizados em território brasileiro.” Min. Ellen Gracie, RE 206.069-1/SP.

⁶⁴ O caso da ação direta de inconstitucionalidade é distinto, mas afirma à certa altura: “A Constituição do Brasil enumera ‘atividades’ que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade. A existência ou o desenvolvimento de uma ‘atividade econômica’ sem que a ‘propriedade do bem’ empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles”. ADI 3.273-9/DF.

pelas receitas marginais, diante das guerras de preços entre companhias. Este último julgado parece ter se sensibilizado exatamente por este aspecto, quando afirma que sua aplicabilidade deve se ater à indústria de transporte aéreo de grande porte, recorrendo aos costumes destas empresas. Entretanto, o argumento econômico, por não ter sido convenientemente explorado pode ter sido construído de maneira aleatória.

Portanto, as avaliações econômicas entre os dois julgados (RE 206.069-1/SP e RE 461.968-7/SP) mostram-se conflitantes sob um aspecto. Para o primeiro dos julgados, prepondera o problema da verificação e, conseqüentemente, da uniformidade da incidência ou da igualdade de todos os cidadãos, contribuintes *habituais*⁶⁵ ou não do imposto, em relação às operações de importação de bens. Essa forma de elaborar o problema leva à conclusão de que o tributo incide a despeito do negócio de que decorre a importação. No segundo caso, a interpretação constitucional gravita em torno da inexistência de opção de compra, daí resultando a prevalência da não transferência do domínio ao importador. Os conflitos então se resumem entre a incidência, que faz preponderar a conexão de sentido da entrada do bem e o pagamento do tributo, dado haver uma riqueza expressa na transação, e a não incidência, opondo Estado e contribuinte em termos de direitos fundamentais à propriedade.

Os critérios econômicos da primeira decisão são mais consistentes porque evidenciam a ação econômica pautada por voz e lealdade, que deveriam prevalecer nas relações dos cidadãos para com o Estado. A tributação deve ser dominada por voz e lealdade porque, como antes se afirmou, ela representa a participação coletiva nas riquezas geradas pelos indivíduos em mercado, forma de interação econômica primordial. Ademais, todos precisam conviver com as necessidades estatais comuns, distribuição inclusive, e ninguém escapa da tributação sem ônus. Nesses pontos, a tributação não é o tipo de relação em que o contribuinte decide sair ou permanecer, pautado por vantagens privadas. A tributação exige participação do contribuinte, não somente para recolher o valor, mas para participar da execução orçamentária. Opor o contribuinte ao Estado pela voz, como fez o segundo julgado, não tem muita serventia. O contribuinte nas relações tributárias só tem a lealdade e a voz para assegurar a arrecadação e o gasto adequado. Pagar imposto, não é um confronto para pagar menos, mas para pagar o justo e executar financeiramente de forma correta o arrecadado.

⁶⁵ Tércio Sampaio Ferraz Jr. assinala que a classe de contribuinte habitual e não habitual tem que ser definida por lei complementar, como manda o art. 155, parágrafo 2.º, XII, “a”, da Constituição. Esse não tem sido um problema levantado por contribuintes em juízo. Contribuinte habitual: EC 33/2001 e a exigência de definição, in *Direito constitucional*: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas, p. 31-36.

Se alguns pudessem não pagar, então a forma de cobrança de impostos sobre o comércio internacional ficaria alterada. Se alguma atribuição de propriedade pudesse deixar clara a interpretação normativa, ela deveria levar em conta também o direito de propriedade do Estado sobre uma parcela da importação para criar as riquezas coletivas, e não só o direito do contribuinte aos seus recursos. Sem fazer esse tipo de avaliação teleológica, o único sentido da instituição de tributos seria o confronto entre Estado e cidadão, conforme uma tese libertária vulgar,⁶⁶ normalmente usada na defesa do patrimônio particular contra interferências estatais.

A esse libertarismo o segundo julgado parece ter cedido, para afirmar uma atribuição de propriedade ainda mais sensível a um problema econômico específico sobre o qual as legislaturas não se vêm pronunciando. É aquele da aviação civil e dos custos envolvidos em exploração de atividade econômica que poderiam ser estatais, como já o foram. Nesse sentido, o julgado sensibilizou-se com as dificuldades normalmente verificadas nas operações das empresas de transporte aéreo. Esse é um modo de atribuição que Dworkin chamaria de políticas públicas ou de objetivos políticos. Ele precisaria de outros dados que não estão na decisão, como a ponderação dos valores envolvidos e a importância do tributo no desenvolvimento da atividade, elementos esses não considerados, pois inexistentes.

Em conclusão, os argumentos econômicos em situações pautadas pela voz e lealdade podem ser de interesse hermenêutico, na medida em que constituam argumentos consequenciais adequados. Nos casos apresentados, os argumentos econômicos foram desenvolvidos de forma consistente no primeiro julgado que entendeu cabível a incidência do tributo na importação do bem por arrendamento. Aí preponderou as condições sociais econômicas necessárias ao patrocínio da arrecadação esperada, uniformemente distribuída, o que atende, de forma geral, o requisito do desenvolvimento. Os argumentos econômicos reforçam a reivindicação de equilíbrio entre liberdade e igualdade: o contribuinte tem preservada sua iniciativa individual, ao mesmo tempo em que coloca-se como igual perante todos, segundo se potencial econômico.

No segundo caso, o argumento econômico desatendeu este mesmo requisito de coerência externa, pois determinou uma distinção (indústria aeronáutica de grande porte) com base política de forma descontrolada e não totalmente explícita. A qualidade da avaliação econômica e sua transformação em argumentos não foi clara nem se a pode

⁶⁶ Liam Murphy e Thomas Nagel, *O mito da propriedade*, p. 44-52.

enxergar como coerente. Nesse sentido, o argumento econômico não reforça a adequação da norma, mas a torna consequencialmente instável, por não tratar igualmente iguais, segundo suas capacidades econômicas. As avaliações econômicas não têm, então, significado algum, constituindo-se mais em retórica do que em fundamentação adequada para a decisão.

Paralelamente aos casos de direito tributário antes apresentados, aquele de proteção ambiental pode ser visto também na perspectiva econômica, nesse caso sempre tendo em mente o patrocínio da vida digna desta e de outras gerações. O Protocolo de Quioto e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, ratificados no Brasil, admitem compra de carbono em créditos, com atitudes protetivas ambientais. O quadro institucional permite que agentes econômicos adquiram um direito limitado de poluir, o que significa anular os impactos ambientais de suas atividades. O toque de caixa não é neste caso a maior agregação de bem-estar, mas o equilíbrio entre os interesses econômicos de produção e consumo individuais e as necessidades coletivas de preservação ambiental e de inclusão social. O direito interfere de maneira não neutra, assumindo um ambiente de interação social mais complexo,⁶⁷ na construção das condições de todos à vida digna.

Portanto, aquela antiga concepção de que uma análise econômica deve pensar na criação eficiente do máximo bem-estar perde terreno para a ideia de que o bem-estar não se indica por acesso a mais bens, mas à qualidade de vida. Nesse sentido, uma análise econômica pode ser útil ao fornecer elementos para estimular a ação em um sentido ou outro. No caso de proteção ambiental pela compra de créditos de carbono, a análise das externalidades e suas causas não se limitaram ao menor custo para a máxima produção de bens, mas assumiu que a externalidade tem um custo que deve ser internalizado por quem a produz antes da produção. Por essa razão, a análise econômica olha para fins normativos

⁶⁷ Ao comentar o princípio da precaução (vedação de uso de argumentos sobre inexistência de evidências científicas para evitar adoção de medidas ambientalmente corretas) como a entendeu a OMS em caso de poluição eletromagnética, Elza Antônia P. C. Boiteux e Fernando Netto Boiteux afirmam que “A postura adotada pela OMS contraria, portanto, o desenvolvimento científico realizado ao longo dos últimos anos, bem como contraria os reflexos produzidos pelas pesquisas científicas no campo do direito, pois essas têm conduzido a uma aproximação cada vez mais estreita entre as normas jurídicas e a realidade social, estabelecendo a possibilidade de participação do povo na elaboração e na aplicação das leis, especialmente naquelas destinadas à proteção ambiental”. Elza Antônia P. C. Boiteux e Fernando Netto Boiteux, *Poluição eletromagnética e meio ambiente*, p. 215.

diferentes da eficiência e do bem-estar, alterando-se na direção do patrocínio de fins coletivos.⁶⁸

Com esses elementos, conclui-se que as relações entre cidadão e Estado são pautadas pelas estratégias da voz e da lealdade e, por isso, não podem centralizar toda a força dos argumentos na propriedade como direito absoluto, mas como direito de todos em participar da atividade econômica de forma não excludente. Antes de um dado natural, a atividade econômica é uma função construída socialmente, que depende de recursos a serem obtidos nas atividades dos particulares por suas contribuições. Essas contribuições não podem, naturalmente, ficar à mercê do governante, que imbuído também de espírito de polaridade sobre propriedade estatal pode degenerar as atividades arrecadatórias em expropriação. Esse é um espírito que conflita com as liberdades que o mercado pode dar ao cidadão, pois restringe as atividades naturais de trocas. Mas afirmar que o cidadão é sempre e em todos os casos agredido pela tributação e via de consequência pela redistribuição seria fora de propósito, porque essas atividades naturais de troca dependem de um ambiente que precisa de riquezas coletivas. Apenas baseados em propriedades absolutas, cidadão e Estado travam uma batalha ideológica fictícia, de polaridade de interesses sem sentido, a prejudicar o sentido correto do direito, economicamente vinculado à atribuição equitativa ou justa de recursos sociais escassos para a vida digna. Se a análise econômica não for capaz de olhar para comportamentos pautados por voz e lealdade nessa perspectiva, dos interesses econômicos segundo as capacitações que eles podem fornecer, ela correrá o risco de interferir de forma imponderada no discurso jurídico.

O direito funcionalmente visto em razão do desenvolvimento, como capacitação das pessoas para liberdades, não pode centrar o peso da interpretação em elementos que a análise econômica procura colocar como conceitos analíticos fortes, de maneira ilimitada. Bem-estar e eficiência paretiana, quando o caso for de comportamentos pautados por voz e lealdade, cedem a análises mais finas e teleologicamente voltadas para a função do direito como meio para o desenvolvimento humano. Nestes casos, os argumentos econômicos legitimam-se na medida em que reforçam o significado correto do direito.

⁶⁸ “A preocupação com o meio ambiente induz ao atendimento dos direitos ou interesses que não se identificam com a visão individualista do Estado e conduz ao atendimento dos direitos ou interesses que não se identificam com um único titular, e nem são passíveis de apropriação por qualquer deles, individualmente, como os recursos naturais.” Idem, *ibidem*, p. 215.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho iniciou-se pela escolha de uma perspectiva a partir da qual seria vista a análise econômica do direito. A hermenêutica jurídica mostrou-se a mais interessante por três razões especiais. Em primeiro lugar, a interpretação e a compreensão do direito ultrapassam separações sistêmicas rígidas entre conteúdo normatizado e estrutura normativa de maneira relativamente simples, ao assumir que as aberturas lógicas do direito são circunstâncias naturais do conhecimento jurídico e que essas aberturas não são de maneira a tornar irracional ou instável o direito. Em segundo lugar, a postura hermenêutica, ao contrário do positivismo jurídico, não problematiza as alterações operadas no direito pelos discursos que o compõem, decisões judiciais e argumentos jurídicos em geral. Na realidade, olhar para o direito em busca de parâmetros fixos objetivos é que seria irracional ou mesmo fantasioso, porque o direito se especifica em uma circunstância de infinitas variáveis que mutuamente se condicionam. Por isso, ao abandonar a idéia de um objeto jurídico fixo, a interpretação, tal qual exposta, não coloca ênfase no método jurídico, mas em uma pauta que lhe dê sentido. Em terceiro lugar, o sentido final do direito será o justo, um tipo de condição de compreensão racional do direito em razão de seu fim. Sem se reportar ao justo, a interpretação será sempre provisória, no aguardo de argumentos que lhe dêem o melhor sentido moral possível, discursivamente determinado.

Os grandes problemas normalmente apontados pelos críticos da hermenêutica jurídica acabam então se resolvendo na descrição das operações jurídicas ou na forma de operar o direito na interpretação. Esse aspecto foi enfrentado no segundo capítulo, descritivo das formas de controle das operações de interpretação pela dogmática hermenêutica. Argumentos são o centro gravitacional dos significados jurídicos e elementos constituintes do próprio direito em sua concretização. Os argumentos jurídicos são os qualificadores mais claros da razão jurídica, e, por isso, discorreu-se sobre como se processam argumentos jurídicos referentes, ao mesmo tempo, à economia e ao direito. O que foi especialmente relevante neste aspecto foi a consequencialidade dos argumentos ou seus efeitos dedutivos internos na própria argumentação e externos, voltados para a realidade social. Não há na literatura uma forma específica de relacionar direito e economia, salvo pelos argumentos consequenciais, cuja consistência depende da forma do argumento, do requisito de universalização e, finalmente, à sua moralidade e justiça. A

argumentação consequential leva então o intérprete a buscar consistência interna, quanto à estrutura jurídica, e externa, quanto ao efeito justo da matéria regulada no mundo social. Pela dogmática hermenêutica ou pelas fórmulas de controlar as operações por resultados, assumindo alguns pontos como não questionados, é possível pensar na hermenêutica tanto em termos de processo, quanto em termos de consequências, pela teoria da argumentação jurídica. Os argumentos consequenciais foram fixados em função da abordagem empírica ou da demonstração de efeitos concretos possíveis para o direito. Argumentos econômicos, como aqueles da AED seriam exatamente desse tipo.

Fixadas as premissas jurídicas mais amplas do trabalho e que delimitam a forma de ver a análise econômica do direito, passou-se a discorrer a respeito da formação da economia como um conhecimento referente a um aspecto da realidade. O terceiro capítulo recorre à formação dos fundamentos econômicos clássicos e como o classicismo se cristalizou em uma forma específica de pensar a economia. A abordagem e a apropriação dos pioneiros da economia no século XIX levaram à idéia de um pensamento econômico profundamente ligado ao utilitarismo e à função ideológica racional de emancipação e libertação do homem da carência e infelicidades, pela via da revolução permanente e calma do progresso econômico. Partiu-se da união entre direito e economia ainda no âmbito do último jusnaturalismo e argumentou-se que a emergência da economia nas transformações morais ocorridas no século XVIII, pela idéia da moralidade empírica de Hume e seu desdobramento, a moralidade do expectador solidário de Adam Smith, foram rapidamente apropriadas pela filosofia utilitária, estruturante das bases epistemológicas do conhecimento econômico clássico. Esse conhecimento fecha-se sobre o indivíduo e sobre sua busca por satisfação máxima, condições estruturantes da razão econômica liberal clássica, que postula uma determinada normatividade para a vida social.

A visão metodológica do indivíduo autointeressado proporcionou alguns fechamentos lógicos em direção aos modelos econômicos baseados na concepção de racionalidade instrumental, consistentes em simplificações radicais da realidade, de forma a tornar possível o uso metodológico de linguagem formal analítica, com usos marcantes da lógica matemática dedutiva nas operações de reconhecimento da realidade econômica. Esse método se apresenta como natural, embora sua naturalidade dependa de assunções filosóficas específicas, tidas em geral de forma acrítica. Em outras palavras, a proposição normalmente usada para expansão dos modelos, como formas racionais dedutivas de explicar a realidade, parte sempre e necessariamente de uma base ideológica escondida por

detrás do rigor mesmo do método econômico. Sem essa base, que são na verdade assunções normativas, o modelo de racionalidade usado nos modelos jamais fecharia as aberturas lógicas dos conceitos mesmos de racionalidade instrumental. Os valores subjacentes ao método econômico são a eficiência e a máxima criação do bem-estar. Tais valores são, portanto, fundantes da pressão das sociedades contemporâneas sobre bens como indicadores da satisfação individual. Os modelos expandem a razão calculativa autointeressada contemporânea como determinante para explicar todas as interações sociais, inclusive aquelas que estariam fora das definições objetivas da economia. Essa expansão – e não propriamente os modelos – foi afirmada como disfuncional.

Os argumentos voltaram-se então para uma especificação da análise econômica do direito, evidenciando os valores por ela trazidos para a área jurídica. Argumentos econômicos compõem o direito, sobretudo, na solução de externalidades negativas. O direito passa a ser interpretado a partir do método econométrico neoclássico ou por modelos. A sintaxe jurídica, ou melhor, a metalinguagem econômico-jurídica, traz embutida, no entanto, uma reivindicação normativa de como o direito deve ser em função da promoção da eficiência econômica e da maximização do bem-estar. Portanto, a análise econômica pressiona a interpretação em direção à realização consequencial destes valores, que só ocorrem na presença de atribuições claras de direitos de propriedade livremente negociáveis, pois as transações livres proporcionam a internalização de custos pelos agentes e a assunção das alocações mais eficientes, tudo pelo mecanismo dos preços. Esses elementos remetem à idéia de prioridade do valor de bens para indivíduos livres racionais. Suas escolhas pautadas pelos mecanismos do mercado patrocina o ótimo social. Argumentou-se ainda que a análise econômica pretende aplicar o método microeconômico e a racionalidade individual autointeressada de forma incontida, criando muitas vezes argumentos jurídicos que não apresentam nem mesmo consistência interna. Em outras palavras, as assunções e simplificações da análise econômica do direito transformam os argumentos jurídicos, muitas vezes, em uma disfunção de significado, pois das premissas pretensamente racionais, não se chega à conclusão.

Na realidade, recorrendo ao parâmetro hermenêutico inicialmente fixado, a AED só pode ter consistência se construir um contexto significativo em que os argumentos empíricos consequencialistas sejam dedutíveis das premissas dadas. Em outras palavras, o primeiro limite que se impõe à AED é o de que os argumentos por ela construídos tenham consistência interna dedutiva. Para tanto a AED obedece aos parâmetros e assunções: (a) as

interações mediadas exclusivamente por preços servem somente à realização de interesses individuais comutativos; (b) ações tomadas com base só em valores endógenos ao sujeito não são juridicamente traduzidos em concepções assimiláveis às trocas de mercado; (c) dado que nem toda ação explica-se por preços e que nem todo interesse se resolve comutativamente, a análise econômica é internamente limitada e deve sempre fundar-se em argumentos que a qualifiquem em termos de validade ou de consistência interna.

No último capítulo buscou-se primeiro esclarecer que o sentido jurídico contemporâneo de justiça está largamente determinado pelas necessidades distributivas do produto social, como forma de assegurar condições equitativas para que todos vivam vidas dignas. Essa é uma tarefa ainda preponderantemente do estado, que a patrocina por meio de arrecadações tributárias, porque o mercado não pode, por si mesmo, realizar o sentido jurídico justo. Recorrendo a decisões em matéria tributária, observou-se que argumentos econômicos, mesmo quando internamente consistentes, podem gerar consequências conflituosas com o direito. Isso sempre ocorre quando os preços não apreendem toda a realidade jurídica hermeneuticamente relevante. Há circunstâncias em que preços mostram uma parte demasiado pequena da realidade normatizada para ter significado jurídico.

Mas há possibilidades de aplicação da análise econômica como meio hermenêutico de trazer um direito justo à existência, se for assumido que a consequência econômica dirige-se não a bens, mas às capacidades das pessoas viverem vidas dignas. A economia altera-se no sentido de assegurar valores e não o máximo bem-estar, medido por escolhas sobre bens. A maximização autointeressada cede ao patrocínio dos valores. Preços então se conformam às realidades comutativas privadas e não se expandem para realidades que não podem apreender. Os modelos econômicos restringem-se às situações em que podem ter justificadamente algum significado.

Em resumo, pela hermenêutica jurídica foi possível entender que o direito especifica-se em argumentos corretos ou justos. A reivindicação da análise econômica do direito de que seus fundamentos são racionais e absolutos, nessa acepção jurídica, é desprovida de sentido, pois nem sempre a realidade jurídica pode ser traduzida em termos econômicos. No entanto, a análise econômica terá sentido no direito, se os argumentos por ela construídos forem internamente consistentes e se as consequências externas do direito forem justas como padrão distributivo do produto social. Isso ocorre se for abandonada a premissa da maximização de satisfação por bens, substituída pelos meios necessários para que todos vivam a vida digna, que vale à pena ser vivida.

Bens refletem, de forma muito rude as escolhas e preferências. Preços, por seu turno, são fracamente explicativos de todas as opções individuais. Por isso, modelos econômicos têm aplicação restrita contextualmente falando. Se o fundamento da ação for enfaticamente os sinais dados por preços, a economia poderá ter um trânsito livre pelo direito na construção de argumentos jurídicos consequenciais, por sua empiria: quando os preços forem marcantes ou quando agentes livres possam indicar, só pela saída, suas preferências, a economia só coloca que as interações de mercado são suficientes para refletir a dignidade dos agentes.

Mas nos casos em que os agentes tenham por base comportamentos pautados pela voz e lealdade, os argumentos jurídicos com bases econômicas restringem-se à realização dos valores buscados pelos agentes e que não são, necessariamente, aqueles colocados pelos modelos. Nestes casos, a análise econômica estará sujeita a restrições pelo resultado justo que se impõe ao direito, respeitando aquilo que o agente tem por racional ainda que essa racionalidade não se traduza em preços nem na satisfação ótima de bens. Respeitada essa condição, a economia seria útil na construção de argumentos jurídicos voltados para o desenvolvimento do homem e não das riquezas medidas pela capacidade de preferir bens. Seria irrealista ou até mesmo imprudente que a ciência econômica tentasse acessar um significado jurídico científico, racional e perene, quando o homem e seus sentimentos éticos alteram-se pela própria interação social. Assumir que a vida não é só uma questão de compra e venda, de propriedade e de transações seguras, é uma fronteira promissora e não irracional. Argumentos econômicos consequenciais podem, assim, por sua base empírica, reforçar argumentos jurídicos adequados. E isso não significa a felicidade dos bens, mas a segurança da dignidade e respeito do homem.

RELAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS COMENTADAS

A - Supremo Tribunal Federal: Todas as íntegras dos julgados estão disponíveis no sítio <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>, acessado em 10/11/2009.

1. **ADI 319-4/DF** – Questão de Ordem, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 3/3/1993, Tribunal Pleno, tendo por constitucional a maioria dos dispositivos da lei federal no. 8.038/90, quando estes estabelecessem critérios gerais para correção monetária de mensalidades escolares, ao tempo da hiperinflação. Pelo voto da relatoria, ficou estabelecido que o critério fundamental para decidir questões de cunho econômico era a interferência estatal nas liberdades de iniciativa e exploração de negócio, segundo os estritos termos legais (ou no mínimo legal), reconhecendo que estas liberdades são prevalentes, mas não absolutas, renunciando o construtivismo de Natalino Irti. O Min. Marco Aurélio divergiu afirmando que a exploração de atividade econômica tem que obedecer à liberdade de propriedade e de contratação sempre, mesmo em casos que interferissem na estrutura social, pois de outra forma, haveria indevida interferência (ineficiente) do estado nas liberdades individuais.
2. **ADI 1950-3/SP**, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3/11/2005 pelo Tribunal Pleno, para declarar a constitucionalidade de meia entrada, conforme lei estadual, para estudantes ingressarem em espetáculos. O fundamento da decisão é baseado na concepção de Irti de que a exploração do negócio ocorre no mercado, *locus artificialis* conformado pelo direito, nada havendo de incorreto na legislação estadual, promulgada com base em competência concorrente. O Min. Marco Aurélio divergiu fundado em considerações sobre o custo e benefício da medida e, portanto, com base na eficiência do dispositivo, que transferia custos econômicos a terceiros (os não estudantes).
3. **ADI 3273-9/DF e ADI 3366-2/DF**, Rel. Min. Ayres Britto (min. Eros Grau para o Acórdão), julgadas em 16/3/2005, Tribunal Pleno, estabelecendo que a propriedade (necessariamente exclusiva) da União sobre reservas de hidrocarbonetos não se confunde nem agride o monopólio de empresa pública (Petrobrás) para explorar esses recursos (monopólio). Nestes termos, a União pode contratar (ou conceder) a exploração de seus bens, sob regimes variados. É necessário distinguir os vários aspectos da propriedade e seus respectivos regimes jurídicos e a exploração econômica destes vários aspectos do domínio, para se

chegar à conclusão do acórdão. Houve divergência do Min. Ayres Britto precisamente sobre este aspecto: monopólio configura exclusividade sobre o domínio de algo em exploração econômica.

4. **RE 60294/RJ**, Rel. Min. Adalício Nogueira, julgado em 21/11/1967 pela 2a Turma, para declarar a inviabilidade de renovação de locação comercial, mesmo após mais de 10 anos ininterruptos de exploração do comércio no local, sob o argumento de que a locação tivera por objeto imóvel já reformado e adaptado para as especiais necessidades do negócio (cinema). O Min. Aliomar Baleeiro contextualizou seu voto em interpretação econômica da lei de luvas, baseado em aspectos macroeconômicos de circunstâncias recessivas (na promulgação do texto interpretado) e inflacionárias (no momento do julgamento).
5. **RE 185789-7/SP**, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 3/3/2000 pelo Tribunal Pleno para afastar a incidência do ICMS na importação, anteriormente à EC 33/2001 de bens por pessoa jurídica prestadora de serviços, não contribuinte do tributo. Aplicou-se o precedente do RE 203075-9/SP, com base em que a prestadora de serviço não pratica mercancia habitualmente. Houve divergência idêntica à ocorrida no julgamento do paradigma.
6. **RE 203075-9/DF**, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 5/8/1998 pelo Tribunal Pleno para afastar a incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física anteriormente à EC 33/2001 diante da impossibilidade de créditos, inexistente “estabelecimento” no caso. Houve divergência baseada na separação do dispositivo do art. 155, II e parágrafo 2º, IX, “a” em uma parte geral, que funda a incidência em todo e qualquer caso de importação, e outra especial, que regula a apropriação de créditos do imposto pago no desembaraço aduaneiro, por quem tem esse direito.
7. **RE 206069-1/SP**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 1/9/2005 pelo Tribunal Pleno, para declarar constitucional a cobrança de ICMS na importação de bens por contribuinte do imposto, anteriormente à EC 33/2001, qualquer que seja o regime da importação, mesmo no caso de arrendamento mercantil, afastando-se os precedentes do STF em sentido contrário, por não tratarem eles de importação.
8. **RE 461968-7/SP**, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 30/5/2007, pelo Tribunal Pleno, para afastar a incidência do ICMS sobre importação de aeronave por companhia aérea de grande porte, antes da EC 33/2001, pelo regime de

arrendamento mercantil com opção de compra, sob o argumento de que nestes casos não haveria circulação econômica (transferência de propriedade) enquanto não for exercida a opção. Não houve divergência.

9. **RE 543974-7/MG**, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 26/3/2009, pelo Tribunal Pleno para declarar que a expressão “gleba” para efeitos de expropriação de terras por cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF) refere-se ao imóvel todo em que ocorreu o plantio e não só ao espaço em que as plantas estavam. O julgado afirma que a interpretação dos textos normativos, em linguagem natural, são necessariamente contextuais. Não houve divergência.
10. **RHC 39270/SP**, Rel. Min. Pedro Chaves, julgado em 1/8/1962, pelo Tribunal Pleno, para declarar inconstitucional a prisão de praticante de *trottoir*, em obediência à garantia individual de ir e vir. O julgamento foi unânime.
11. **RHC 59104-3/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25/9/1981 pela Segunda Turma, no sentido de que a prática do *trottoir* viola a tranquilidade pública, não estando coberta pelo direito de ir e vir, conforme precedentes do RHC 58179 e RHC 58938. A votação foi unânime.
12. **RHC 59518-9/DF**, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 26/8/1982 pelo Tribunal Pleno, para asseverar que o *trottoir* não está garantido constitucionalmente e que a concessão da ordem corresponderia a alvará público para exploração de prostituição. Não ocorreram divergências.

B – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Todas as íntegras dos julgados estão disponíveis no sítio http://www.tj.sp.gov.br/PortalTJ4/Paginas/Pesquisas/Segunda_Instancia/Por_numero_processo.aspx, acessado em 10/11/2009.

1. **AC 662.269-5/3-00**, Rel. Des. Vera Angrisani, julgada em 30/10/2007, pela 2ª Câmara de Direito Público (TJSP), para declarar a impossibilidade de aplicação analógica da isenção de ICMS na aquisição de veículo não adaptado, por deficiente físico incapacitado de conduzi-lo, diante da proibição de interpretação extensiva do art. 111 do CTN. Votação foi unânime.
2. **AC 779.646-5/2-00**, Rel. Des. Ricardo Dip, julgada em 28/6/2008 pela 11ª Câmara de Direito Público (TJSP), unanimemente, para afastar exigências regulamentares sobre a condição de deficiente na fruição de benefício de isenção de ICMS na aquisição de veículo adaptado às deficiências do adquirente, já comprovada em

outras instâncias administrativas, sob o argumento de que a letra da norma conflita com seus fins.

3. **AC 815.070-5/4-00**, Rel. Des. Moacir Peres, julgado em 15/12/2008 pela 7ª Câmara de Direito Público (TJSP), para declarar a impossibilidade de extensão de norma isencional do ICMS na aquisição, por deficiente impossibilitado de dirigir, de veículo não adaptado, a teor do art. 111 do CTN. Não ocorreram divergências.
4. **AC 850.010-5/8-00**, Rel. Des. Marrey Uint, julgado em 28/4/2009 pela 3ª Câmara de Direito Público, para aplicar analogicamente a isenção do ICMS a aquisição por deficiente impossibilitado de dirigir, de veículo automotor não adaptado com base na igualdade. Votação foi unânime.
5. **AC 874.201-5/5-00**, Rel. Des. Evaristo dos Santos, julgada em 18 de maio de 2009, pela 6ª Câmara de Direito Público, para afirmar que a isenção do ICMS implica inclusão do deficiente, seja ele capaz ou não de conduzir o veículo a ser adquirido. Por isso, cabe a extensão da isenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable – La justification en droit*. Tradução do inglês de Geneviève Warland. Paris: LGDJ, 1992.
- ABREU, J. M. C. de. *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ACKERMAN, Bruce A. *Social Justice in the liberal State*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- . *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ALVES FILHO, Alaôr Caffé. *A normatividade e a estrutura social como dimensões históricas*. In: ——— et al. *Direito, sociedade e economia*. Barueri, SP: Manole, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999..
- BECKER, G. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1978.
- BENSAÏD, Daniel. *Marx, o intempestivo: Grandezas e misérias de uma aventura crítica*. Tradução de Luiz Cavalcanti M. Guerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma investigação aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores)
- BETTI, Emilio. A hermenêutica como metodologia geral das “geisteswissenschaften”. In BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BLEICHER. Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

———. *Da estrutura à função – Novos estudos de filosofia do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOITEUX. Elza Antônia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Tese de Doutorado junto à área de Filosofia e Teoria Geral do Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr.. São Paulo: FADUSP, 1990.

———. BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

———. A constante axiológica dos direitos humanos. In: BENEVIDES, Maria Vitória et al. *Direitos humanos, democracia e república: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CALABRESI, Guido. MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972. Disponível em: <<http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/calabresi.melamed.1972.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

———. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, v. 70, no. 4, pp. 499-553. New Haven: The Yale Law Journal Company, 1970/1971.

———. The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. *The Yale Law Journal*, v. 100, no. 5, pp. 1211-1237. New Haven: The Yale Law Journal Company, 1990/1991.

CANARIS. Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago: Chicago University Press, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

———. The nature of the firm. *Economica*, The New Series, Londres: The London School of Economics and Political Science, v. 4, issue 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <<http://web.cenet.org.cn/upfile/30998.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

COHEN, Gerald Alan. Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades. In: NUSSBAUM, Martha C; SEN, Amartya. *La calidad de vida*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

———. *Self-ownership, freedom and equality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética : Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

———. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4. ed. Boston: Pearson/Addison-Wesley, 2003.

COSSIO DIAZ. Jose Ramón. *Derecho y análisis economico*. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1997.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e Compreensão*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2006.

DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Editora Iluminuras, 2004.

DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, Pittsburg: American Economic Association, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967. Disponível em <http://mason.gmu.edu/~kfandl/Demsetz_Property_Rights.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2009.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

———. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2002.

———. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2003.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994.

ENDERLE, George et al. *Dicionário de ética econômica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. 05-4863-cv (L), 05-6768-cv (CON). Rabi Abdullahi x Pfizer, Inc. Decidido em 30 jan. de 2009. 562 F. 3d 163; 2009 U.S. App. LEXIS 1768. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/054863p.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Editora RT, 1976.

———. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

———. *Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

———. SALOMÃO FILHO, Calixto. NUSDEO, Fábio. (Org.). *Poder econômico: Direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

FERRAZ, Roberto. Igualdade na tributação – Qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? ——— (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FINNIS, John. Reason, Revelation, Universality and Particularity in Ethics. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 53 (2008), p. 23-48. Disponível em: <www.heinOnline.org>. Acesso em: 20 nov. 2009.

FISS, Owen. The Death of the Law? *Cornell Law Review*, Ithaca: Cornell University Press, v. 72, no. 1, p. 1-16. 1986. Disponível em <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/deathof the law.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/deathof%20the%20law.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2009.

FONSECA, Eduardo Giannetti da. *O mercado das crenças: filosofia econômica e mudança social*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito – Paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros. v. 139, pp. 242-256, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2005.

———. *Verdade e Método II : Complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Gichini. 2ª ed. São Paulo: Editora Vozes, 2004.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Principles and Methods of Law and Economics: Basic Tools for Normative Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

HAAKONSEN, Kund. Social Contract as Quasi-Contract: Thomas Reid versus David Hume. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, 1986, n. 10, pp. 42-62. Disponível em: <www.heinOnline.org>. Acesso em: 2 jun. 2006.

HARE, H. M. Ethical Theory and Utilitarianism. In SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Ed.), *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

HARSANYI, John C. Morality and the theory of rational behaviour. In SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Ed.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfred. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: Chicago University Press, 1976. v. 2: The Mirage of Social Justice.

———. Reexaminando a taxaço progressiva. Tradução de Edson Bini. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HUME, David *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Ed. Unesp, 2004.

———. *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

IRTI, Natalino. Diritto e mercato. In: ———. Natalino et al. *Il dibattito sull'ordine giuridica del mercato*. Bari-Roma: Editori Laterza, 1999.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. *Digesto de Justiniano – liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. São Paulo: Editora RT; Osasco: Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, 2005.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história In: ———; HASSEMER, Winfred (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1998.

KIRKHAM, Richard L. *Teorias da verdade*. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

———. *Filosofia política contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2006.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1980.

———. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

———. Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Série Documentos – 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, p. 47-55. São Paulo: Centro de Estudos, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LISBOA, José da Silva. Observações sobre o comércio franco no Brasil. In: ROCHA, Antônio Penalves (Org.). *José da Silva Lisboa: Visconde de Cairu*. São Paulo: Editora 34, 2001.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril, 1983. (Os pensadores.)

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. In *Revista de Direito Público da Economia*, v.2, no. 8, p. 137 – 170. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACCORMICK, Neil. Neil. *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

———. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, Univ. Ghent e Univ. de Utrecht, p. 65-117, 1999. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Tradução de Maria Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- . *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2000.
- MILTON, Philip. David Hume and the eighteenth-century conception of natural law. *Legal Studies*, n. 2, p. 14-33, 1982. Disponível em: <www.heinOnline.org>. Acesso em: 2 jun. 2006.
- MIRRELES, J. A. The economic uses of utilitarianism. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Ed.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- MITA, Enrico de. O princípio da capacidade contributiva. Tradução de Roberto Ferraz. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MOORE, Michael. Interpretando a interpretação. Tradução de Luís Carlos Borges. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação* (Org.). São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2004.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2006.
- MURPHY, Liam. The Concepts of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 30, no. 1 (2005), p. 1-19. Disponível em: <www.heinOnline.org>. Acesso em: 20 nov. 2009.

- NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- NOREL, Philippe. *A invenção do mercado: uma história econômica da mundialização*. Tradução de Elsa Pereira. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- NUSSBAUM, Martha C. Virtudes no relativas: un enfoque aristotélico. In: ———; SEN, Amartya (Ed.). *La calidad de vida*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- OLIVEIRA, Roberto Guena. A teoria do consumidor. In: PINHO, Diva Benevides et al. *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OST, François. Pour une théorie ludique du droit. Droit et société 20/21-1992. Disponível em <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-07.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2009.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PHILIPPS, Lothar. Teoria das normas. In: KAUFFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- PINHO, Diva Benevides. Evolução da ciência econômica. In: ——— et al (Org.). *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen, 1998.
- . *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- . *Problemas da filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

———. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, n. 53 (2nd series), The University of Chicago Law School. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008 – Combater as alterações climáticas: solidariedade num mundo dividido*. Tradução de Carlotta Aiello e Marta Jaksona. Coimbra: Almedina, 2007.

RAPHAEL, D. D. *Adam Smith*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

———. Social Unity and Primary Goods. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDMAN, Deborah. *The Rise of Political Economy: as a Science*. Boston: Massachusetts Institute of Technology, 1997.

RICARDO, David. *The Principles of Political Economy and Taxation*. Mineola: Dover Publications, 2004.

RICHARDSON, Henry. The stupidity of the the Cost-Benefit Standard. *Journal of Legal Studies*, Chicago: The Chicago University Press, v 29, no. 2, pp. 971-1003, 2000. Disponível em <http://www.jstor.org/pps/724499>, acessado em 10/10/2009.

RIVERA LOPEZ, Eduardo. *Presupuestos morales del liberalismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Centro de Estudios de Governabilidad y Políticas Públicas. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Fondo de Cultura Económica, 2000.

ROSSI, Guido. Il dibattito sull'ordine giuridica del mercato. In IRTI, Natalino et al. *Il dibattito sull'ordine giuridica del mercato*. Bari-Roma: Editori Laterza, 1999.

RUSO, Pasquale. Os princípios fundamentais. Tradução de Dalton Dallazem. In FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As estruturas*. Malheiros: São Paulo, 2002.

———. *Direito Concorrencial: As condutas*. Malheiros: São Paulo, 2006.

SAMUELSON, Paul A. Introdução à análise econômica, volume I. Tradução de Luiz Carlos Nascimento. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1977.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. Hermenêutica, primeiro projeto. In *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. 5ª Edição.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. Tradução de Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

———. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

———. *Poverty and Famines: An essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford: Oxford University Press,

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os pensadores.)

———. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

- STAVEREN, Irene van. *The values of economics: an Aristotelian perspective*. London: Routledge, 2001.
- SUSTEIN, Cass R. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.
- . *Human Agency and Language: Philosophical Papers*. Cambridge: Harvard University Press, v. 1, 1987.
- VARIAN, Hal. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Le ragioni del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- . *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora UnB, 2003.
- WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.