

## A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA: AS CONTRIBUIÇÕES PARA A DECISÃO JUDICIAL NA VISÃO DE RICHARD POSNER

*Elenara Pôrto e Silva Machado<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A partir do final da década de 1980, o movimento denominado Análise Econômica do Direito, ganha força através dos estudos da Escola de Chicago, tendo como principal expoente o pragmatista Richard Posner. A economia é vista como uma ciência que pode auxiliar a análise judicial. Um importante conceito econômico é o de “maximização da riqueza” entendido como a atitude das pessoas como maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam uma escolha. A racionalidade seria tácita e relacionada com a análise da adequação de meios a fins e não com a meditação profunda sobre as coisas. Neste panorama os juízes também seriam maximizadores em suas escolhas na decisão judicial.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito — Decisão Judicial – Maximização da Riqueza – Richard Posner.

**ABSTRACT:** From the late 1980s, the movement called Economic Analysis of Law, gains strength through the studies of the Chicago School, whose main exponent is the pragmatist Richard Posner. The economy is seen as a science that can aid forensic analysis. An important economic concept is that of “wealth maximization” understood as the attitude of people as rational maximizers of their satisfactions in all its activities involving a choice. The rationale would be tacit and related to the review of the adequacy of means to ends, not with deep meditation on things. In this scenario the judges would also be maximizers in their choices in judicial decision.

**Key-words:** Economic Analysis of Law-Court Decisions-Maximizing Wealth-Richard Posner.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muitos autores jurídicos se ocupam do estudo entre direito e economia. No presente trabalho a escolha foi por Richard A. Posner, considerado um expoente nos Estados Unidos, tendo em vista sua proposta de análise interdisciplinar do direito.

Richard Allen Posner nasceu nos Estados Unidos, em 1939, graduado em direito no início da década de 1960. É professor da Universidade de Chicago, onde lecionou sobre análise econômica do direito, filosofia do direito e diversas disciplinas afins. Participou do movimento do pensamento jurídico chamado Análise Econômica do Direito (AED), conhecida como Escola de Chicago, que defendia a limitação da intervenção do Estado à correção das falhas do mercado, o que apenas poderia ser feito por intermédio de um ordenamento jurídico eficiente.

---

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Elenara.machado@brf-br.com

O destaque de Posner surgiu na primeira fase da AED, com o lançamento da obra “*Economic Analysis of Law*”, em 1973. Em razão do prestígio da Escola de Chicago no início da década de 1980 e por motivos políticos em adotar tal teoria jurídica liberal, Posner foi nomeado juiz pelo presidente Ronald Reagan na *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* no final de 1981, elevando-se ao cargo de *Chief Judge* em 1983. Desta forma, suas ideias ganharam mais notoriedade, pois aplicava suas teorias nas razões de decidir como juiz.

A utilização de ideias e ferramentas da economia será um dos pontos centrais dos estudos de Posner relacionadas à teoria o direito, acompanhada do pragmatismo e o liberalismo. Mostra-se um estudioso audaz no sentido de propor ao direito, caminhos por abordagens pragmáticas sujeitas a duras críticas.

Assim, no presente trabalho, serão apresentadas algumas das discussões propostas por este autor como a proximidade de conceitos da economia e o direito, em especial no *common law*; a maximização da riqueza como um veículo para promoção da eficiência e como um critério operacional na decisão judicial.

## 2 A ECONOMIA E O DIREITO

Em sua obra *A economia da justiça*, Posner (2010a, p. 3) entende que a economia pode ser uma ferramenta próspera para elucidar áreas do comportamento social que não abordadas tradicionalmente como econômicas. Para ele, o objeto tradicional da economia é o comportamento dos indivíduos e das organizações no contexto mercadológico, cuja ferramenta analítica básica do economista no estudo dos mercados é o pressuposto de que cada indivíduo maximize racionalmente a sua satisfação. A eficiência econômica é um conceito ético e científico que pode contribuir com o direito.

Posner (2010a, p. 4) questiona se em outras questões da vida, não mercadológicas, como o casamento, o crime, a decisão sobre o número da filhos, a escolha da faculdade a cursar, as escolhas são racionais, ou apenas emocionais, para isto entende que são necessários estudos econômicos do comportamento não mercadológico.

Para o direito entende que há dois ramos em que se aplica a análise econômica (Posner, 2010a, p. 6). O inicial seriam as leis que regulam as atividades típicas econômicas, conforme as discussões iniciadas por Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, que ainda hoje se mantém como, por

exemplo, a legislação antitruste, tributação e direito societário; regulamentação das empresas públicas e do transporte de cargas; comércio internacional.

O segundo ramo, mais recente, refere-se à análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas, tendo como pioneiros Ronald Coase e Guido Calabresi, que, separadamente, analisaram a relação entre responsabilidade civil e alocação de recursos. Coase observou que os juízes ingleses ao interpretarem a doutrina da perturbação da paz (*nuisance*) no *common law* (relativa a interferência no uso da propriedade), ainda que por puro instinto, preferiram decisões com uma visão econômica mais segura que a dos próprios economistas.

Há diversas críticas na utilização da teoria econômica do direito. Porém, o próprio Posner (2007, p. 490) admite que a economia apesar de ter seu lado tecnológico e acadêmico (como as novas estratégias comerciais nos mercados de ações; novos métodos de cálculo de preços; algumas novas políticas públicas, como a desregulamentação dos transportes e da atividade bancária) suas intervenções são menos dramáticas e mais ambíguas seus resultados e interpretações do que a ciência natural em áreas como os armamentos e a medicina.

Outra vulnerabilidade é o pressuposto básico da economia de que todos os indivíduos são maximizadores racionais, em que boa parte do comportamento humano parece ser impulsivo, emocional e supersticioso.

Apesar disto, Posner (2007, p. 491) defende que a economia procura apreender uma parte dos fenômenos que pretende explicar e pode oferecer a teoria positiva do direito tanto, ou mais, que outras ciências como a psicologia, a sociologia, a antropologia, a filosofia.

Definir economia é uma tarefa difícil, pois a própria palavra já importa ambigüidades.

Historicamente, a ênfase da economia tem incidido sobre o estudo dos mercados, esse deve, segundo Posner (2007, p. 495): a) ao fato de que os tipos de dados que são úteis à análise econômica tem sido abundantes, b) ao estudo dos mercados representarem apenas um interesse marginal a outras ciências humanas, c) porque a teoria econômica tem muitas implicações ao entendimento dos mercados, d) ao comportamento racional parece mais onipresente nos mercados do que na maioria das outras esferas de interação social, e) ao fato de que o dinheiro oferece um instrumento de mensuração para o estudo dos mercados que se pode comparar ao papel desempenhado pela massa e velocidade na física.

Posner(2007, p. 496) entende que é uma questão empírica saber se a economia pode contribuir com o conhecimento humano fora da esfera dos mercados explícitos. Para ele sim, pois a literatura econômica aborda outras áreas diferentes ao mercado como a educação, a antropologia, as causas da regulação, o comportamento das instituições sem fins lucrativos etc.

A teoria econômico-positiva do direito teria o mérito pedagógico de permitir que a miscelânea de regras e doutrinas do *common law* se organizem na forma de um sistema coerente, e além disto serve como alerta aos *juristas para as possibilidades de se teorizar cientificamente sobre o direito, desafiando-os a procurar novas teorias, ainda que até o momento essa busca se mostre bastante infrutífera* (Posner (2007, p. 501).

Esclarece que a “análise econômica do direito” pode gerar uma visão equivocada devido a ideia convencional de que a ciência econômica se aplica tão somente ao estudo de fenômenos típicos econômicos, como a inflação, o desemprego, a produtividade e a compra de produtos e serviços(Posner, 2010a, p. XII). Esta análise se origina das ideias de Jeremy Bentham publicadas no século XVIII como uma corrente que observa na economia não como o estudo de fenômenos econômicos particulares, mas como a teoria das “escolhas racionais” e de como as pessoas moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam, nem sempre com uma dimensão monetária.

A teoria das escolhas racionais permaneceu “adormecida” por um tempo e ressurgiu ligada a ciência econômica da “Escola de Chicago” entre os economistas da Universidade de Chicago, como Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker.

A análise econômica pode ser aplicada no direito privado como no direito público, pois em ambos se busca o máximo proveito dos direitos discutidos.

Para Posner (2010a, XVII) além do uso no *common law* também pode ser aplicada no *civil law*, pois apesar de se basear numa legislação mais detalhada do que vigora na anglo-americanada, nenhuma legislação esgota todas as possibilidades de disputa judicial numa sociedade dinâmica, restando grande espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos juízes.

### 3 O CONCEITO DE MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA PARA POSNER

A análise sobre a maximização da riqueza parte para Posner (2007, p. 474) dá a ideia de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam uma escolha. A racionalidade seria tácita e relacionada com a análise da adequação de meios a fins e não com a meditação profunda sobre as coisas.

Muitas doutrinas jurídicas se ajustam aos ditames da maximização da riqueza, como exemplifica Posner (2007, p. 481): a mensuração de danos a partir da expectativa, o ato de assumir riscos, o crime tentado, a invasão de privacidade, a imunidade de autoridades, a contraprestação moral.

Inclusive o próprio sistema de precedentes busca o equilíbrio econômico: quanto maior o número de precedentes recentes numa área, menor o índice de ações judiciais, pois as partes anteciparão um acordo, pois um julgamento torna-se mais caro que o acordo. O contrário também ocorreria, pois com menor número de novos precedentes, os existentes vão se tornando obsoletos e menos adequados e informativos, aumentando novamente as ações discutidas em juízo.

Posner (2007, p. 522) fundamenta, ainda, a maximização da riqueza por um relevante princípio econômico-normativo, o Princípio de Pareto, sendo chamado de Pareto-superior quando uma transação deixa pelo menos uma pessoa em melhor situação, e nenhuma em má situação.

Desta forma, mesmo a pessoa afetada por uma transação ficaria em melhores condições, o que na visão de Posner a transação é boa do ponto de vista ético ou social.

Necessário pontuar que a maximização da riqueza difere da corrente chamada utilitarista, em que as pessoas buscariam apenas seu prazer pessoal, independentemente, das consequências sociais de suas escolhas. O utilitarismo defendido por Jeremy Bentham, em seu uso mais comum sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade.

Assim, Posner esclarece esta divergência conceitual entre maximização da riqueza e utilitarismo:

A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços de uma sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e antissocial. E uma ética de

produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que o seria a ética utilitarista pura. (Posner, 2007, p. 526)

A análise econômica do direito sofre muitas críticas, como por exemplo, de que a maximização da riqueza é incompleta enquanto guia da ação social, porque não trata da distribuição de direitos. Posner contrapõe, defendendo que a maximização da riqueza pode ser utilizada para inferir as políticas públicas que poderão maximizar o valor desses direitos.

A maximização da riqueza também se ocupará da distribuição inicial dos direitos em preservação do conceito de justiça.

Neste ponto traz a hipótese de comparar duas sociedades nascentes, iguais sob todos os outros aspectos, em que numa apenas uma pessoa possuiria todas as outras e na outra sociedade a escravidão seria proibida. Um século depois a segunda sociedade seria mais rica e a primeira certamente haveria abolido a escravidão (Posner, 2007, p. 504).

De qualquer modo a maximização da riqueza não importa em distribuição equitativa da mesma, conforme esclarece (Posner, 2007, p.510):

Nada afirmei sobre o conflito entre maximização da riqueza e igualdade de riqueza, porque estou menos seguro da amplitude dos sentimentos igualitários em nossa sociedade do que da amplitude dos sentimentos individualistas.

Observa-se um grande debate entre mercado livre e direito natural, criando um exemplo (Posner, 2007, p. 510) da oferta de um hormônio do crescimento e dois pais, um rico e outro pobre, que quisessem adquirir a seus filhos. Para ele não se conclui através da maximização da riqueza qual consumidores têm mais direito à compra nos mercados livres.

Desta forma, pela maximização da riqueza não se pode presumir que os pobres tenham algum tipo de direito social pelo fato de serem pobres, pois isto seria admitir a relevância das considerações igualitárias, extrapolando assim os limites da maximização da riqueza.

Posner entende que há uma preocupação com a igualdade, mas provoca: *se o altruísmo é tão admirado assim, como de fato o é, tanto pelos conservadores quanto pelos liberais, por que a legislação não é configurada por seu espírito? Por que o governo deve proteger somente nossos instintos egoístas?* (2007, p. 512).

A resposta, na sua visão, é que as pessoas desejam alguma redistribuição, e neste sentido um altruísta seria admirado por sacrificar a si mesmo dando a alguém sua riqueza do que a destruindo inutilmente. Para ele a redistribuição voluntária é menos onerosa do que a involuntária.

Outra interessante análise é a referente ao direito do autor, em que a maximização da riqueza não o prestigia de maneira irrestrita, pois sua produção é resultado da interação social:

[...] embora o defensor da maximização da riqueza possa argumentar que os frutos do trabalho devem pertencer a quem os produz, o argumento pode ser refutado nos termos sugeridos naquele capítulo – a produção é realmente um esforço social, e não individual -, aos quais podemos agora acrescentar que a riqueza muitas vezes se deve mais à sorte (e não à sorte da loteria genética, também) do que à habilidade ou ao esforço. (Posner, 2007, p. 512)

Partindo da premissa de que todos os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações, os economistas formulam várias hipóteses, sendo a mais conhecida a “lei da procura”, em que:

*[...] um aumento do preço relativo de um produto irá, mantendo-se as outras constantes, provocar uma redução da quantidade do produto procurado. Essas hipóteses são confirmadas ou contestadas por estudos do real comportamento econômico. Em geral, os estudos são de natureza estatística, ainda que boa parte dos indícios que convencem as pessoas de que existe “algo a ver” na economia sejam de natureza mais casual.* (Posner, 2007, p. 487)

O argumento mais forte para Posner justificar a maximização da riqueza não é moral, mas pragmático. Comparando as pessoas de uma sociedade que permite que os mercados funcionem mais ou menos livres são mais prósperas, tem mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas do que as pessoas de sociedade diferente.

Posner acredita que quanto mais rica uma sociedade, mais livre e independente será, resultando no afrouxamento dos laços sociais, e, por consequência, no declínio do consenso jurídico. Desta forma:

Quando o juiz chega a um impasse epistemológico e, por necessidade, fundamenta suas decisões, ponderadamente ou não, em algum princípio ético ou político, ou na opinião pública, ou em qualquer coisa do gênero, é pouco provável que ele tenha conseguido fugir da indeterminabilidade. A pergunta interessante que então se coloca: que acidente de psicologia, de história pessoal ou circunstancia social o terá levado a adotar um princípio social ou político em vez de outro? A heterogeneidade jurídica do país reflete sua heterogeneidade moral. (Posner, 2007, p. 174)

Posner (2007, p. 520) defende que a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar, mas isto não seria empecilho para utiliza-la como um guia do direito e de políticas públicas. E defende que o desempenho econômico deve ser tratado no campo da filosofia do direito. *O objeto de análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-la das questões factuais e empíricas. A filosofia do direito precisa enormemente dessa mudança de direção. A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática.*

A maximização da riqueza é a ética implícita na teoria dos preços ou do valor (2010a, p. IXX) sendo utilizada como fundamento da economia, aplicável também ao direito.

Posner interpreta a maximização da riqueza como um princípio moral, para ele:

A maior parte dos escrúpulos convencionais (cumprir promessas, dizer a verdade etc) podem também ser tirados do princípio da maximização da riqueza. A observância dessas virtudes facilita as transações, promovendo o comércio e, conseqüentemente, a riqueza, através da redução dos custos de polícitamento dos mercados por meio do preteccionismo, do detalhismo dos contratos, dos processos judiciais e assim por diante. Mesmo o altruísmo (a benevolência) é um princípio de economia, já que pode funcionar como substituto de dispendiosos processos mercadológicos e jurídicos. Até mesmo o altruísta pode decidir vender seus serviços a quem lhe pagar mais, em vez de doá-los a quem mais lhe implorar. (Posner, 2010a, p. 81)

Defende, ainda que a filosofia moral, o direito e a economia são compatíveis e utiliza a teoria dos direitos de propriedade para exemplificar. Para a ciência jurídica e para a economia um direito de propriedade é um direito de excluir todas as outras pessoas do uso de algum recurso escasso (Posner, 2010a, p. 84).

#### **4 A DECISÃO JUDICIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA**

A busca pela certeza na resposta judicial é discutida também no modelo de decisão pragmática. Para Posner (2007, p. 166) determinar se a decisão é correta ou incorreta é extremamente complexo, especialmente nos casos difíceis, pois nem sempre os métodos utilizados pelo juiz na decisão, são *nitidamente* jurídicos e objetivos.

Ainda, em outras situações, para qualquer pessoa, e neste caso o julgador, não é simples abrir mão de crenças profundas, por um argumento jurídico fraco, por que não consegue encontrar uma defesa sólida para tal crença. Neste caso, Posner (2007, p. 167) entende que a intuição sobre um caso representa um método de razão prática, que mesmo outros métodos de razão prática não conseguem superar.

A determinabilidade nos casos difíceis deve decorrer do *consenso*, que é *uma condição necessária para a objetividade jurídica em todos os casos, com exceção dos fracos*(Posner, 2007, p. 168).

A razoabilidade de uma decisão judicial depende de várias circunstâncias, que para Posner (2007, p. 176):

As circunstâncias que determinam a razoabilidade das decisões judiciais incluem os termos da lei, os precedentes e todos os outros materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e à conveniência da estabilidade do direito.

Neste cenário, o movimento “direito e economia” traz a proposta que os juízes ao decidir, em especial os casos difíceis, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se obtenham resultados eficientes, entendidos como aqueles que evitem o desperdício social, ou seja, decisões que penalizem a não tomada de precauções cujo custo se justificaria e não penalizem a recusa a tomar precauções cujo custo não se justifique.

A análise econômica é utilizada para orientar a decisão judicial dentro de seu espaço de discricionariedade e segundo Posner (2010a, p. XV) serve para:

[...] para instruir os juízes quanto ao melhor modo de decidir causas cujo resultado não é determinado diretamente pelos textos da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ou seja, causas situadas naquele campo aberto em que os juízes podem exercer sua discricionariedade.

Na análise dos casos difíceis, Posner (2007, p.178) entende que o juiz deva considerar as consequências de sua decisão no contexto dos fatos:

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro – em suma, para a sociedade. Em contextos não comerciais, pode-se preferir descrever a análise como ética, não como de políticas públicas. Contudo, isso não alteraria a questão fundamental: os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações.

Desta forma o juiz descrito por Posner, entre os diversos ferramentais oferecidos pela ciência econômica poderá utilizar a denomina “maximização da riqueza” como uma doutrina que se vale da análise de custo-benefício para orientar sua decisão judicial.

A essência desta abordagem é que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; pecuniarizados, com o objetivo, apenas, de possibilitar uma comparação entre eles numa unidade comum que é o dinheiro.

A análise sobre a maximização da riqueza para Posner (2007, p. 474) parte da ideia de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam uma escolha, e é utilizada, inclusive pelos legisladores que objetivam a manutenção de seus cargos por re-eleições.

Elaborar leis nada mais é do que firmar “acordos” (*deals*) com grupos de interesse organizados da sociedade civil, em troca de apoio político.

No sistema *common law* legislação não é autoaplicável, dependendo da interpretação e aplicação dos Tribunais. Os juízes teriam um duplo papel: interpretar os acordos dos grupos de interesses incorporados pela legislação e garantir o serviço público básico de resolução legítima de litígios. Nesta tarefa agiriam para aumentar a riqueza da sociedade (Posner, 2007, p. 477).

Posner(2007, p. 477) define “riqueza”, relacionada à expressão maximização da riqueza, como *à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: ofertados e solicitados.*

Em algumas questões jurídicas, como por exemplo, nos casos de discriminação racial ou sexual, as matrizes econômicas não se mostram completamente utilizáveis, mas podem ser analisadas sob um enfoque pragmatista multidisciplinar inclusive com auxílio das ciências naturais.

A economia preconiza que a riqueza passa constantemente por redistribuição. O legislador conforme a representatividade de grupos de interesses tratará entre estes da distribuição de riqueza.

O juiz fará, também, a redistribuição no sentido de atender as demais sociais. Desta forma tanto o legislativo, quanto o judiciário agem pela maximização da riqueza, mas cada qual com sua conduta, conforme Posner (2007, p. 483):

Desse modo, uma divisão eficiente do trabalho entre os poderes legislativo e judiciário leva o legislativo a concentrar-se no atendimento às exigências de distribuição de riqueza, por parte dos grupos de interesses, e o judiciário a atender à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e das transações. Embora haja outros objetivos possíveis de ações judicial além da eficiência e da redistribuição, muitos deles (diferentes concepções de “equidade” e “justiça”) são rótulos para maximização da riqueza ou para a redistribuição que favoreça os poderosos

grupos de interesses; ou então eles são demasiado controversos numa sociedade heterogênea, demasiado *ad hoc* ou insuficientemente desenvolvidos para oferecer bases sólidas às decisões dos juízes que desejam ter uma reputação de objetividade e imparcialidade.

A maioria das doutrinas e decisões do *common law* se utilizam de princípios econômicos, como: a análise custo-benefício, a prevenção do *free-riding*<sup>2</sup>, a decisão em condições de incerteza, a aversão ao risco e a promoção de trocas mutuamente vantajosas, entre outras. (Posner, 2007, p. 485)

Outro aspecto interessante oferecido pela economia é a chamada eficiência, considerada como um princípio norteador de boa parte da doutrina do *common law*, assim como os juízes devem observar os precedentes, devem tomar decisões compatíveis com a eficiência, gerando a polêmica sobre a teoria econômico-positiva (Posner, 2007, p. 503).

Para Posner (2010a, p. 7) a melhor maneira de explicar o *common law* é entendendo os juízes como maximizadores do bem-estar econômico. Para ele os juízes não seriam reprodutores dos resultados competitivos, mas as decisões judiciais conduzem *o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação.* (Posner, 2010a, p.8)

Posner (2010a, p. 8) traz que se constatou que o direito obedece misteriosamente às leis da economia, pois mesmo que de maneira *sutil* muitas doutrinas se formaram a partir dessas leis, como exemplifica:

[...] a presunção de risco na responsabilidade civil, os graus de homicídio, os princípios que regem a indenização por perdas e danos decorrentes de atos ilícitos e inadimplemento contratual, a causa próxima, erro e fraude no direito das obrigações, os princípios de ressarcimento, a doutrina da “obrigação moral”, a ordenação dos direitos de propriedade sobre a água, a coautoria do ato ilícito e as regras de recompensa por salvatagem no direito marítimo.

Desta forma, a proposta de Posner com a utilização da economia no direito seria proporcionar aos juízes um instrumento com que possam discernir economicamente pelas respostas razoáveis aos problemas jurídicos através da utilização dos conceitos da teoria econômica.

---

<sup>2</sup>*Free-rider* é alguém que obtém um benefício sem ter contribuído com o custo da criação de tal benefício.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pelos melhores fundamentos à decisão judicial, especialmente nos casos difíceis, é a tônica dos estudos filosóficos de Richard Posner. Como um juiz pragmatista entende que o mérito das análises jurídicas deve ser testado sobre “o que funciona” maximizando os objetivos e aspirações humanas, bem como utilizando-se de conhecimentos fora das esferas do direito.

Para isto, entende que o direito não oferece, por si só, a solução a todos os problemas e admite a necessidade da contribuição de outras áreas e ciências, na perspectiva interdisciplinar do direito, em especial pela utilização da economia como importante ferramenta pelos seus métodos e mecanismos.

Assim, Posner se tornou um dos principais expoentes americanos do movimento da Análise Econômica do Direito, oriundo da Escola de Chicago.

A economia estaria intrínseca em todas as ações da vida. Para Posner as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam uma escolha.

A racionalidade poderia ser inclusive, inconsciente, ou tácita, em alguns casos, e relacionada com a análise da adequação de meios a fins e não com a meditação profunda sobre as coisas.

A esta *atitude* social, Posner chama de “maximização da riqueza”. Para ele os juízes ao decidir também agem pela maximização da riqueza e defende que exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se obtenham resultados eficientes, entendidos como aqueles que evitem o desperdício social, ou seja, decisões que penalizem a não tomada de precauções cujo custo se justificaria e não penalizem a recusa a tomar precauções cujo custo não se justifique.

Tratar a análise judicial sob o prisma da economia é balizar as consequências das decisões judiciais nos mesmos parâmetros especialmente os monetários, levando em consideração a análise de custo e benefício.

Em especial no *common law* análise econômica deve ser realizada, em especial, nas causas em que o resultado da ação judicial não é determinado diretamente pelo texto constitucional ou pela legislação infraconstitucional, situadas em campo aberto, em que os juízes podem exercer sua discricionariedade.

A economia pode “emprestar” ao direito a sua maneira de descrever o comportamento humano conforme a busca pelos bens inerentes a sua sobrevivência, bem como estuda a eficiência dos recursos sociais escassos para atender as ilimitadas necessidades humanas, problema pelo qual também passa a concretização dos direitos fundamentais.

Conforme as análises de Posner muitas doutrinas jurídicas consolidadas, no só nos Estados Unidos, como no Brasil, a exemplo da indenização dos lucros cessantes, do dano moral, a teoria do risco assumido, a invasão de privacidade, e aplicadas nas decisões judiciais, guardam uma lógica construída a partir da ciência econômica.

Os conceitos econômicos, como a maximização da riqueza e a eficiência, são referendados por Posner, pois estão em sintonia com matriz teórica pragmática utilizada por ele, em que a decisão judicial levará em conta as consequências práticas ao caso concreto, com base em fundamentos teleológicos.

Desta forma, entendo que não se pode desprezar a importante contribuição que a economia pode oferecer ao direito, sem que isto represente perda de sua autonomia enquanto ciência.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os caos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- \_\_\_\_\_. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro: Forense, 2010b.
- \_\_\_\_\_. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Problemas da Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Problemas da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fonte, 2012.