XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ARAUJO DIB TAXI

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Ricardo Araujo Dib Taxi; José Claudio Monteiro de Brito Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-872-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Uma das questões que tem motivado os mais candentes debates diz respeito à mais justa forma de distribuir os direitos entre os integrantes da sociedade, o que tem sido chamado de justiça distributiva, ou, por alguns autores, como Nozick e Dworkin, às vezes, de igualdade distributiva.

As discussões a respeito, travadas de forma sistemática desde Aristóteles, normalmente são estabelecidas a partir de dois ideais políticos: liberdade e a igualdade, indo desde propostas mais extremadas, em que um dos dois ideais sobressai, como no libertarianismo e no marxismo, passando por teorias que maximizam os interesses majoritários da comunidade, caso do utilitarismo, ou que os vinculam à concepção majoritária de vida boa da comunidade, como no comunitarismo, até chegar em distribuição que pretende equilibrar os dois ideais acima mencionados, caso do liberalismo igualitário.

Essas concepções ou teorias são chamadas de teorias da justiça, e foram elas que dominaram as atividades do Grupo de Trabalho, compondo dez dos quatorze trabalhos defendidos, com destaque para o liberalismo igualitário, a partir das teorias de Rawls, Dworkin e Sen, mas também de Nussbaum, quer de forma puramente teórico-descritiva, quer relacionando esta concepção de justiça a bens da vida específicos, como o trabalho, a educação e a saúde.

Houve, ainda, a contraposição da teoria de Dworkin em relação a dois autores específicos: George, discutindo-se a ideia deste da aplicabilidade da Teoria da Lei Natural, e Posner, no caso o debate deste autor com Dworkin em torno da Análise Econômica do Direito.

Completando o conjunto de trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho temos mais quatro relacionados às teorias da decisão e da Argumentação, discutindo, principalmente, a maneira como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo diversas questões, como no caso dos prefeitos itinerantes, ou manejando questões processuais, além de, em um texto específico, discutir-se princípios que interferem na noção de justiça ambiental

É um conjunto alentado de textos, que renderam boas discussões entre os participantes do Grupo de Trabalho, e que, estamos seguros, renderão uma boa leitura, o que recomendamos fortemente.

José Claudio Monteiro de Brito Filho - CESUPA

Ricardo Araujo Dib Taxi - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESPOSTA DE RICHARD POSNER À CRÍTICA UTILITARISTA DE RONALD DWORKIN À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

RICHARD POSNER'S RESPONSE TO RONALD DWORKIN'S UTILITARIAN CRITICISM TO ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Luiza Tuma da Ponte Silva [1]

Resumo

O presente artigo apresenta o debate entre Richard A. Posner, principal defensor da análise econômica do direito, caracterizada pela maximização da riqueza social, e Ronald Dworkin, conhecido pelas críticas feitas ao positivismo, interpretação do direito a partir da moral e pela aplicação de princípios. Trata-se de estudo qualitativo, baseado em pesquisa bibliográfica e feito pelo método dedutivo, o qual tem como objetivo apresentar às respostas de Posner à parte das críticas formuladas por Dworkin, principalmente, àquelas que enquadravam a referida teoria na doutrina utilitarista.

Palavras-chave: Resposta, Análise econômica do direito, Maximização da riqueza, Críticas, Utilitarismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents the debate between Richard A. Posner, the leading advocate of the economic analysis of law, characterized by the maximization of social wealth, and Ronald Dworkin, known for his criticism of positivism, the interpretation of law from morals, and the application of principles. This is a qualitative study, based on bibliographical research and made by the deductive method, which aims to present Posner's answers apart from the criticisms formulated by Dworkin, especially those that framed this theory in the utilitarian doctrine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Answer, Economic analysis of the law, Maximization of social wealth, Critics, Utilitarianism

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro Universitário do Pará (PPGD-CESUPA). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais tem se vislumbrado a pulverização da economia nas mais diversas áreas do conhecimento, podendo se destacar, dentre elas, o direito, uma vez que é dificultoso contemplar os direitos e garantias fundamentais de forma divorciada de seus respectivos impactos econômicos.

Nesse contexto, o jurista norte-americano Richard Posner apresenta a teoria denominada análise econômica do direito, tendo como ponto de partida a interdisciplinariedade da economia, tendo em vista que a mesma irradia efeitos ao ordenamento jurídico. A teoria possui caráter descritivo e normativo, relacionando direito à economia, tendo com respaldo a ideia de maximização da riqueza social, isto é, propõe uma análise da relação de custo/benefício das decisões dos agentes a partir de escolhas racionais pautadas na eficiência.

Contrastando a teoria em comento, apresenta-se Ronald Dworkin, autor de diversas obras de grande impacto no pensamento jurídico, destacando-se a sua defesa pela utilização dos princípios e suas críticas ao positivismo jurídico. O pensador tece diversas críticas à análise econômica do direito, a partir de uma leitura utilitarista da teoria em comento.

Todavia, Posner formula respostas às críticas utilitaristas dworkinianas que julga serem as de maior relevo, visando demonstrar o conteúdo, fundamentação e pertinência da análise econômica do direito.

Assim, o presente artigo tem como objeto a exposição do debate travado entre Richard A. Posner, e a sua teoria da análise econômica do direito, a partir de sua obra *Economics Analysis of Law* publicada em 1977 e Ronald Dworkin, com amparo nas críticas delineadas em *Uma questão de princípio*, obra publicada em 1986 e, por fim, expor às respostas de Posner às principais críticas dworkinianas, com amparo na *Economia da Justiça*, de 1981.

Diante de tal riqueza de pensamentos, pretende-se traçar noções sobre a análise econômica do direito, seguida das críticas de Ronald Dworkin, para, a seguir, apresentar as respostas de Posner às principais objeções de Dworkin, demonstrando assim a interessante discussão vislumbrada no diálogo firmado entre os dois autores.

Com base no objetivo do presente artigo, a pesquisa foi feita a partir do recolhimento da bibliografia, sendo analisados livros, artigos científicos e periódicos sobre Richard Posner e Ronald Dworkin, de forma a melhor compreender o objeto em estudo. O método utilizado foi o dedutivo.

O artigo está divido em três seções, sendo que na primeira, pretende-se apresentar os conceitos iniciais da análise econômica do direito capitaneada por Posner, destacando a relevância da maximização da riqueza. No item seguinte, aborda-se as críticas de cunho predominantemente utilitarista formuladas por Dworkin à teoria de Posner. Na terceira seção, apresenta-se a resposta à parte das críticas feitas por Dworkin, oportunidade, em que Posner ratifica sua teoria e a afasta da doutrina utilitarista.

Por fim, a partir da construção teórica apresentada, serão esposadas as considerações finais pertinentes, acerca do debate doutrinário travado entre os dois pensadores, de modo a demonstrar que os argumentos de ambos podem enriquecer os estudos que relacionam a economia ao pensamento jurídico.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CAPITANEADA POR RICHARD POSNER

A denominada análise econômica do direito tem se aprofundado bastante nos dias atuais. Tradicionalmente, os economistas restringiam seus estudos a aspectos relacionados à produção, ao comércio, dentre outros fenômenos comumente atrelados à economia.

Todavia, a partir de 1960, o campo de estudo da economia tem sido paulatinamente expandido, devendo-se ressaltar que umas das principais consequências desse fenômeno se materializa na dificuldade de se identificar atividades humanas que estejam completamente afastadas da arena econômica.

Nesse passo, o doutrinador Vasco Rodrigues (2007, p. 12) explana que se ainda for possível falar em um objeto da economia, o mesmo poderia ser definido através de todos os fenômenos sociais que estejam relacionados às escolhas sobre a utilização dos recursos.

Dentre os fenômenos sociais supramencionados, cabe destacar capacidade de interrelação entre a economia e o direito, a qual pode ser vislumbrada, por exemplo, na possibilidade de um magistrado assegurar uma realocação de recursos por meio de sua atuação judicante ou ainda, quando o próprio destinatário da norma jurídica age de forma racional, calculando assim as escolhas que trarão maiores ganhos sociais.

Tal possibilidade é amplamente defendida por Richard Posner, juiz norte-americano e professor da Universidade de Chicago, o qual propõe um estudo do direito a partir de uma análise econômica. Tal relação entre o direito e seus respectivos impactos econômicos é uma tendência que tem-se visualizado nos últimos anos, conforme expõe Acorn (1993, p. 167):

“The law and economics movement has been very influential in the legal academy and legal practice in the last twenty years[1]”.

O livro do professor norte-americano denominado *Economic Analysis of law*, publicado em 1973, focou sua abordagem nas áreas criminal, concorrencial e limitadas áreas do direito. O livro possui como objetivo primordial a sistematização do direito estadunidense com respaldo em uma análise microeconômica.

Portanto, sendo um dos principais defensores da denominada análise econômica do direito, entende que tal teoria pode ser utilizada pelos magistrados e pelos próprios destinatários das normas jurídicas de modo que tais agentes maximizem a riqueza da sociedade, conforme explica Rendeiro quanto às decisões judiciais:

> Segundo Posner, para o juiz decidir da melhor forma possível os casos submetidos a sua apreciação, inclusive aqueles mais complicados, não são importantes os ‘conceitos do direito’ (para ele trata-se de uma falácia conceber o direito como um conceito e não como uma atividade), não importa se ele decidirá com base na lei, nos princípios ou em diretrizes de políticas públicas, pois qualquer informação relevante e que não fuja da esfera de sua jurisdição será legítima para criar o direito. Ou seja, não basta verificar a fonte da decisão, mas pensar nas suas conseqüências, aquelas que forem, diante de uma análise custo/benefício (análise econômica do direito), mais benéficas para a riqueza da sociedade (RENDEIRO, 2015, p. 112).

Tal forma estratégica de alocação de recursos ratifica que, conforme explana Dias (2019, p. 172), a análise econômica do direito é uma complexo de estudos marcado pela interdisciplinariedade, no sentido de se aplicar as ferramentas teóricas da economia ao pensamento jurídico, no intuito de se obter soluções jurídicas racionalmente eficientes, evidenciando a assim a ininterrupta relação entre direito e economia, pois, a partir uso dos instrumentos da economia no pensamento jurídico, pode-se alcançar o que Posner denomina como maximização da riqueza.

A relação entre direito e economia é inafastável, não se podendo olvidar da dificuldade de detectar atividades humanas que estejam completamente desvinculadas da seara econômica.

Nesse sentido, O'HANLON argumenta que a análise econômica do direito fornece uma base para a tomada que maximiza a riqueza, a partir da suposição de que o próprio indivíduo é um maximizador racional de seus fins na vida:

---

[1] O movimento de direito e economia tem sido muito influente na academia legal e na prática legal nos últimos vinte anos (tradução nossa).

> Posner believes that this difficulty and other difficulties associated with computing total welfare mean instead that the more tangible goal of wealth maximization should be prescribed. Posner endorses this wealth-maximizing aim as the efficient and proper way that judges should decide common law cases. As such, the role of law and economics is to provide a basis for legal decision making, which maximizes wealth, based on the assumption that "man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions - what we shall call his 'self-interest (O'HANLON, 2009, p. 65-66)[2].

Portanto, a análise econômica do direito fornece uma base, um subsídio, para a tomada de decisões de modo a maximizar a riqueza, que é um objetivo a ser alcançado, cumprindo destacar que tal conduta parte dos próprios indivíduos, os quais são os atores principais, dotados de racionalidade, para alcançar seus próprios anseios e interesses de vida.

Leite (2017. p. 50) explana que a análise econômica do direito apresentada por Posner possui robusto vínculo com a eficiência, devendo o agente analisar, a partir do custo/benefício, qual decisão trará conseqüências mais benéficas para a sociedade, assim, o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização da riqueza social, conceito chave em sua teoria.

A maximização da riqueza se dá, conforme aduz o jurista estadunidense, por meio de alocações de bens e recursos, não necessariamente monetários, mas com alto grau de liberdade e autonomia, promovendo a transferência de recursos aos indivíduos que valorizam mais sua propriedade.

Posner explica que a análise econômica do direito é caracterizada por um aspecto normativo e um descritivo. A teoria pretende explicar e prever o comportamento dos indivíduos que serão tutelados pelo sistema normativo, bem como, de explanar aspectos procedimentais, institucionais e doutrinários do sistema.

Nesse passo, Dias (2019, p. 14) explana que o sujeito racional tende a maximizar suas preferências e, por tal motivo suas escolhas podem ser previstas desde que sejam identificados os incentivos envolvidos na adoção de determinada conduta, assim, a análise econômica do direito exerce uma função de grande relevância para a sociedade, haja vista que, por meio de suas decisões, podem maximizar a riqueza social, garantindo assim o progresso econômico da sociedade.

---

[2] “Posner acredita que essa dificuldade e outras dificuldades associadas ao cálculo do bem-estar total significam, em vez disso, que o objetivo mais tangível da maximização da riqueza deve ser prescrito. Posner incentiva este objetivo de maximização da riqueza como a maneira eficiente e apropriada de os juízes decidirem os casos de direito comum. Como tal, o papel do direito e da economia é fornecer uma base para a tomada de decisão legal, que maximiza a riqueza, baseada na suposição de que "o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, suas satisfações - seu interesse próprio (tradução nossa)”.

Nesse sentido, explica Rendeiro (2015, p. 113) que segundo Posner, a análise econômica do direito asseguraria duas vantagens: ofereceria um ponto de vista imparcial acerca de temas jurídicos politicamente incontroversos e, desfaria antinomias que pudessem suscitar disputas. Portanto, a partir de tais benefícios, seriam afastadas lógicas de parcialidade e ainda, poderia ser destacada a eficiência das decisões advindas dos destinatários da norma jurídica.

Portanto, a partir da explanação supra, torna-se cristalino que para Posner (2007, p. 473-474), o pressuposto básico da economia que norteia a versão da análise econômica do direito é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam em uma escolha, à exceção de crianças bem novas e das que sofrem severas restrições mentais, portanto, os próprios agentes são capazes de maximizar a riqueza social, a partir de uma análise de custo/benefício de suas próprias decisões.

Esposados tais aspectos da lógica Posniana, imperioso apresentar, em contrapartida, as críticas elaboradas por Ronald Dworkin à teoria em questão.

3 A CRÍTICA DWORKINANA UTILITARISTA À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As teorias de Ronald Dworkin pulverizaram-se no pensamento jurídico, dentre outros fatores, por reconhecer a análise moral do direito, formular críticas ao positivismo jurídico, fomentando a aplicação dos princípios e a defesa dos direitos como trunfos políticos, no intuito de concretização da justiça.

Nesse contexto, elucida em *Levando os direitos a sério*, obra publicada em 1977, sobre a relevância da aplicação principiológica, para que se realize padrões de justiça e equidade, os quais devem ser permeadas por dimensões de moralidade, bem como, fez contundentes críticas ao positivismo jurídico. Por conseguinte, o autor refuta teorias que não priorizem tais valores e a interpretação moral do direito, atividade que estaria inerente à atuação judicial.

O livro *Uma questão de princípio*, embora publicado em 1986, reuniu diversos artigos, tais como “A riqueza é um valor?”, de 1980. Nesta oportunidade, o jurista analisa e rejeita a teoria política denominada de análise econômica do direito proposta por Posner, criticando-a vastamente por várias razões, cumprindo ressaltar, dentre elas, a leitura utilitarista que o mesmo faz da teoria em comento.

De antemão, importante que seja registrado que Dworkin e Posner não divergem quanto à utilização de critérios morais pelos operadores do direito, contudo, não concordam, conforme destaca Rendeiro (2015, p.112) que um juiz torna-se juridicamente ilegítimo ao decidir com base em políticas públicas em prejuízo aos princípios, portanto, para o segundo, muitos objetivos coletivos, tal como, a ordem pública, não são menos importantes do que os princípios, aduzindo o defensor da análise econômica do direito que: "Fazer distinção entre diretrizes para políticas públicas e princípios, e associar os direitos a estes, mas não àquelas, é arbitrário" (Posner, 2007, p. 123).

Portanto percebe-se que a perspectiva argumentativa dos dois autores é divergente, cumprindo destacar alguns aspectos de maior relevo.

Dworkin destaca os aspectos normativo e descritivo da análise econômica do direito, mas concentra-se no primeiro, ressaltando que a denominada maximização da riqueza social ocupa papel principal em ambos.

Quanto ao conceito de maximização da riqueza, Dworkin esposa de forma cristalina que:

> A maximização da riqueza, tal como definida, é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente do dinheiro) para possuí-lo. Um indivíduo maximiza a sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui; sempre que ele consegue, por exemplo, adquirir algo que valoriza por alguma soma menor que o máximo que estaria disposto a pagar por ela. (DWORKIN, 2005, p. 352).

Com respaldo na maximização da riqueza, Posner afirma que o direito, a partir da lógica econômica, resultaria em um tratamento imparcial e asseguraria a eficiência das decisões, sendo que tal preceito chave de sua teoria teria como parâmetro o ótimo de Pareto, o qual defende que determinada distribuição de recursos é eficiente desde que qualquer mudança nessa distribuição não deixe ninguém em pior situação e, no mínimo, uma pessoa em melhor situação.

Cooter e Ulen explicam que (1998, p. 26), "Una situacion particular es eficiente en el sentido de Pareto se es imposible cambiarla para que por lo menos uma persona mejore su situacion (segun su própria estimacion) sin empeorar la situación de outra persona[3]".

[3] Uma situação particular é eficiente no sentido de Pareto se for impossível mudá-la para que pelo menos uma pessoa melhore sua situação (de acordo com sua própria estimativa) sem piorar a situação de outra pessoa (tradução nossa).

Dworkin, porém, conforme expõe Rendeiro (2015, p. 113-114), afasta a correspondência entre o conceito de maximização da riqueza usado pelos economistas do direito e eficiência de Pareto, pois, para a análise econômica do direito a maximização da riqueza seria atingida quando os recursos estão em domínio daqueles que os valorizam mais, o que diverge do critério de Pareto, em que não é possível a melhora de uma situação sem que haja a piora de outro, portanto, não podem ser tratados como sinônimos.

Destarte, para Dworkin, torna-se inconcebível a afirmação de que os juízes, por exemplo, apenas deveriam proferir decisões que movam a sociedade de um estado de ineficiência de Pareto para um estado de eficiência de Pareto, seja porque tal limitação é muito forte em razão de haver poucos estados de ineficiência de pareto, seja porque, se realmente houver uma situação de ineficiência de Pareto, qualquer alteração teria o condão de alcançar a tão almejada eficiência de Pareto. Note-se que não haveria parâmetros predeterminados que caracterizassem o que seria essa ineficiência de Pareto.

Assim, Dworkin defende que a eficiência de Pareto não deve ser adotada no pensamento jurídico, mas não diverge que os magistrados possam julgar de forma a maximizar a riqueza.

Portanto, para o fundador do interpretativismo Jurídico, a eficiência de uma norma a partir do critério de Pareto, conforme desenhado na análise econômica do direito, coincide com o critério utilitarista, concluindo então que: “Sua versão flexível de paretianismo não passa de utilitarismo, com defeitos e tudo” (DWORKIN, 2005, p. 425).

Ultrapassado este aspecto, Dworkin ressalta que a análise econômica, capitaneada por Richard Posner, sustenta que a maximização da riqueza é um objetivo social digno, devendo, assim, as decisões judiciais visarem à maximização da riqueza social.

Contudo, no que tange à maximização da riqueza ser um objetivo social digno, Dworkin contesta tal afirmação, sob o argumento de que as teorias anteriores, como a de Posner, não demonstraram razões que justificassem que uma sociedade com mais riqueza, por apenas esse aspecto, está em melhor situação ou seja, não foi esclarecido o motivo para que se valorasse esse fim.

Ademais, argui que, embora a sociedade mude, auferindo mais riquezas, tal fato não garante um aumento no valor, logo, a lógica de Posner, de que a riqueza social seria um componente de valor, é insustentável, deixando, por esta razão, a análise econômica, teoria de Posner, sem base normativa.

De mais a mais, argumenta ser equivocado também o fato de que um determinado indivíduo esteja necessariamente em uma situação melhor apenas pelo fato de ter mais

riqueza. Posner admite que a riqueza não se materializa, obrigatoriamente, em felicidade, mas falha quando não reconhece que um aumento na riqueza pode implicar, em determinadas situações, em perda de felicidade, dentre outros.

Outro aspecto criticado por Dworkin (2005, p. 351) é a afirmação de que a maximização da riqueza teria valor porque uma sociedade que busca exclusivamente a maximização da riqueza social estimulará virtudes pessoais atraentes, especialmente, a virtude da beneficência, o que se trataria de argumento com grande cunho atrativo.

Novamente, Dworkin contrasta tal entendimento, pois aduz que o mesmo não especifica em que medida se pode inferir que uma sociedade inclinada à riqueza seria mais benéfica para terceiros que uma que encoraje o altruísmo de forma mais direta e, ressalta, que pelo contrário, se espera que as pessoas tendam a produzir mais riqueza a elas próprias do que para terceiros, rechaçando o possível caráter altruísta defendido por Posner.

Nesse sentido, Dworkin (2005, p. 380), conclui: "Está longe de ser claro que a maximização da riqueza irá gerar mais bem-estar para outros que outras estruturas políticas e econômicas mais conciliadoras".

Ademais, explica que as condutas dotadas de valor moral da atividade beneficente são justamente aquelas que evidenciam a vontade ou intenção do autor em promover o bem-estar dos outros, ainda que não os auxilie, o que distingue das da intenção do agente voltada ao benefício apenas de si próprio, conduta desprovida de qualquer valor moral inerente.

Destarte, os agentes econômicos, na sua visão, atuarão para maximizar seus benefícios próprios, beneficiando terceiros apenas pelo fato de não conseguirem absorver todo o excedente que produzem, assim, qualquer benefício a terceiros, não será intencional, mas de uma situação involuntária ao agente.

Logo, tais raciocínios demonstram que a riqueza social, para Dworkin, não é um objetivo digno que a sociedade almeje, pois a mesma, nem sempre, representa um verdadeiro ganho para a sociedade de forma geral.

Assim, a partir de todos os pontos levantados, Dworkin entende que a análise econômica do direito é caracterizada por visão utilitarista, demonstrando, na sua perspectiva que, a eficiência pautada no ótimo de Pareto não corresponde a maximização da riqueza propriamente dita, a qual é própria da ciência econômica; ressalta que a riqueza sequer pode ser considerada um valor social, posto que não garante justiça, podendo implicar inclusive, em infelicidade dos mesmos e; assegurar bem-estar a terceiros, sem intenção ou vontade, é conduta desprovida de qualquer valor moral inerente, portanto, a maximização defendida por Posner faz aderência ao utilitarismo e todos os seus defeitos automáticos.

Nesse contexto, Dworkin (2005. P. 367), indaga sobre qual seria o sentido de trocar justiça, não por um bem-estar dos indivíduos, mas por riqueza na sociedade, tal como definida pela análise econômica?

Depreende-se, portanto, diante do esposado, que segundo Dworkin, a análise econômica do direito contém diversas falhas e não possui base normativa, razões que subsidiam que a mesma seja rejeitada como teoria política sobre o direito, conforme se depreende da leitura da obra *Uma questão de princípio*.

Conforme será visto a seguir, Posner vai responder às críticas que compreendeu serem de maior relevância e o debate vai tomando contornos mais delicados, o que implica na análise mais detida no argumentos de cada um dos pensadores, trazendo à tona a reflexão de como a análise econômica do direito pode contribuir para o pensamento jurídico a partir desta relevante discussão doutrinária.

4 A RESPOSTA DE POSNER ÀS PRINCIPAIS CRITICAS DE RONALD DWORKIN

Ao analisar a obra *A economia da justiça*, de 1981, Leite (2017, p. 67) explana que Posner ratifica que a avaliação das regras jurídicas deveria levar em consideração a capacidade do indivíduo de contribuir ou não para a maximização da riqueza social, destacando que essa noção de maximização de riqueza como fundação ética do Direito faz parte de uma versão original da análise econômica do direito.

Ademais, no livro em comento, Posner responde as principais críticas feitas por Dworkin sobre a maximização da riqueza.

Posner (2010a. p. 73), explica de forma mais detalhada a maximização da riqueza, salientando que do conceito de valor deriva o de riqueza, sendo esta, a soma de todos os bens e serviços no interior da sociedade, calculados pelo valor que possuem, portanto, a riqueza é um valor a ser buscado pela sociedade, sendo esta, inclusive, o único ou mais importante dos valores, estando relacionado às satisfações monetárias ou não monetárias das pessoas.

Desse modo, extrai-se que a riqueza da sociedade é a totalidade da manifestação de preferências financeiramente sustentadas, ou seja, que podem ser constatadas em um mercado, explícito, implícito ou até, hipotético e que a mesma está vinculada à utilidade, contudo, a busca pela riqueza, pautada em um modelo de transação voluntária de mercado, está mais diretamente relacionada às escolhas e preferências individuais que ao utilitarismo propriamente dito.

Martinez explica que, para Posner: “La riqueza, asi entendida, se mide apartir de lo que un individuo estd dispuesto apagar por algo o, si ya lo posee, por io que estu dispuesto a recibir para desprenderse de ello[4]”.

Nesse contexto, no momento em que Dworkin questiona se a riqueza é um valor, posto que não haveria motivo para valoração desse fim, Posner (2010. p. 129) afirma que tal argumento nada mais é do que um jogo de palavras, pois Dworkin conceitua um componente do valor social como algo que seja digno de se ter por si mesmo, porém ninguém valoriza a riqueza por si mesma, logo tal argumento não refuta o fato de a riqueza ser um componente do valor social, conforme explica Posner:

> Em primeiro lugar, Dworkin afirma que a riqueza não representa ‘um componente do valor social’. Não só não é, o único componente, como nem mesmo constitui um elemento que, entre outros, componha o valor social. Isso pode parecer um audacioso desafio à sabedoria convencional, para a qual a riqueza é um valor, senão o único ou o mais importante. Mas seu argumento é na verdade um jogo de palavras, pois Dworkin define o componente do valor social como ‘algo digno de se ter por si mesmo’; e ninguém valoriza a riqueza por si mesma. Porém, afirmar que a riqueza, por não ser um fim em si mesma, não representa um valor social é adotar uma definição excêntrica de ‘valor social’ (POSNER, 2010, p. 129).

Portanto, o professor da Universidade de Chicago afirma que Dworkin utiliza um jogo de palavras de modo a definir o valor social como algo digno em si mesmo, embora ninguém valorize a riqueza por si mesma, razão pela qual não, tal argumento não afasta o fato da riqueza ser um valor social.

Nesse sentido, explana Geraldo Leite:

> Para o professor de Chicago, afirmar que a riqueza, por não ser um fim em si mesma não representa um valor social, é adotar uma visão excêntrica de “valor social”. Segundo ele, o argumento de Dworkin apoia-se em um exemplo que oculta o caráter instrumental da maximização da riqueza. Posner reconhece a relação da maximização da riqueza social com a utilidade, por entender que “a felicidade é um dos principais bens a que a maximização da riqueza conduz”, mas compreende que a ética da maximização da riqueza pode ser percebida como uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais (LEITE, 2017, p. 67).

Nessa linha de raciocínio, Posner ratifica que a riqueza é um componente do valor social, sendo, o mais importante deles, e o fato de não ser valorizada por si mesma, não elide a questão de ser um objetivo digno a ser alcançado.

---

[4] A riqueza, assim entendida, é medida a partir do que um indivíduo está disposto a se desligar para algo ou, se ele já o possui, o que ele estava disposto a receber para se livrar dele (tradução nossa).

O defensor da análise econômica do direito responde também à crítica de que a maximização da riqueza não produziria o bem-estar alheio em comparação a estruturas políticas econômicas mais concessivas.

Nesse passo, Posner (2010, p. 135) defende que caso o objetivo social seja maximizar a transferência de riqueza dos mais para os menos produtivos, o estabelecimento de uma meta subseqüente de maximização da riqueza pode ser a abordagem errada, porém o jurista não afirma que a maximização da riqueza iria maximizar as transferências (proteção de direitos ou felicidade), mas apenas traria parte de felicidade, cooperação e respeito aos direitos. Afirma que a maximização da riqueza implica, de forma automática, em concessões mútuas entre eles.

Quanto à alegação de que apenas tem valor moral inerente o que estiver nas intenções do agente, o professor de Chicago argui que trata-se de uma definição restrita. Posner explica que: "Se, como resultado do incentivo à maximização da riqueza, os desejos egoístas (que na maioria dos indivíduos, são os mais fortes) forem postos a serviço de outras pessoas sem necessidade de haver coerência, essas propriedades deveriam torná-la, mais atraente aos olhos do altruísta empenhado em elaborar um sistema social".

Nesse contexto, insta destacar outro subsídio argumentativo de Posner (2010a. p. 128) que são os denominados critérios de utilidade que diverge do utilitarismo propriamente dito, uma das principais críticas feitas por Dworkin.

O jurista defensor da análise econômica do direito explica que o utilitarismo é bastante flexível e, desde que, esclarecido, pode ser acomodado em diversas doutrinas, podendo incorporar, inclusive, as delimitações que fazem da maximização da riqueza social um princípio ético atraente.

Ressalte-se que é de extrema importância uma breve explanação da tradição utilitarista, a qual já existe desde o início do século XVII. Kymlicka (2006, p.11), em sua obra, apresenta o utilitarismo, nos seguintes termos: "(...) que todo ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade (...)". Trata-se de teoria política antiga, mas ainda com grande repercussão nos dias atuais, que merece ser analisada, ainda que de forma sumária, neste estudo.

Grant conceitua a filosofia utilitarista:

> Utilitarianism is an ethical system which "holds that the moral worth of an action.., is to be judged by its effect in promoting happiness-'the surplus of pleasure over pain'-aggregated across all of the inhabitants ... of society."

> Therefore, in utilitarianism the ethical quality of human behavior is judged by its consequences (GRANT, 1989, p. 817).[5]

Posner, portanto, refuta que sua teoria esteja ancorada na tradição utilitarista propriamente dita e, para fundamentar tal colocação, afirma, inclusive, que a riqueza, como valor, não assegura a maior felicidade à sociedade nos moldes da doutrina utilitarista, mas tão somente a utilidade evidenciada nas preferências de cada indivíduo, ou seja, riqueza e felicidade não são sinônimos.

Nesse sentido, afirma que não se tem fundamentos para afirmar que um indivíduo rico seja necessariamente feliz. Tal máxima, segundo Posner (2010a, p. 77) pode ser vislumbrada pelo fato de que os habitantes de países ricos não parecem mais felizes que os de países pobres, embora se verifique que, dentro de cada país, os ricos pareçam mais felizes que os pobres.

Nesse contexto, cabe trazer à baila os ensinamentos do estudioso sobre a questão em tela:

> Portanto, a riqueza não é sinônimo de felicidade. Mas, além disso, traduzindo em linguagem econômica essa mesma constatação, seres humanos não são meros maximizadores de riqueza. A riqueza é um aspecto importante das preferências dos indivíduos, e a maximização da riqueza lembra portanto o utilitarismo por dar força significativa às preferências; mas não representa o total delas. É por isso que a teoria econômica pressupõe os indivíduos como maximizadores de utilidade em um sentido abrangente e utilitarista. Esta é também uma das razões da frequente confusão entre economia e utilitarismo como sistemas éticos (POSNER, 2010a, p. 77-78).

Portanto, Posner esposa, de forma cristalina, que a riqueza e a felicidade não possuem o mesmo significado, ainda que cada um desses conceitos possa ser facilmente relacionado um com o outro. Não se pode olvidar que a riqueza deve ser levada em consideração no que concerne às preferências dos indivíduos, pois cada um gastará sua renda naquilo que lhe trouxer maior satisfação e, este raciocínio poderia evidenciar a doutrina utilitarista, porém a riqueza, que é considerada como um valor, implica necessariamente, segundo Posner, em utilidade, mas não no utilitarismo como sistema ético.

Nesse sentido, Posner reafirma a moralidade de sua teoria, a qual é divorciada da concepção utilitarista. Nesse passo, Cohen (1987, p. 411) explica que: “Richard Posner has

[5] “O utilitarismo é um sistema ético que ‘sustenta que o valor moral de uma ação deve ser julgado por seu efeito na promoção da felicidade - o excedente de prazer sobre a dor - agregado a todos os habitantes da sociedade. ‘ Portanto, no utilitarismo, a qualidade ética do comportamento humano é julgada pelas suas conseqüências (tradução nossa)”.

argued that wealth maximization is consistent with, and fundamentally related to, widely held moral intuitions[6]".

Destarte, o principal expoente da análise econômica do direito refuta que sua teoria seja utilitária, distinguindo assim, a tese da maximização da riqueza da concepção utilitarista de felicidade, explicando que:

> (...) a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e antissocial. E uma ética de produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que seria a ética utilitarista pura (POSNER, 2007b, p. 526).

O sistema de maximização de riqueza, que fundamenta a análise econômica do direito, conforme explana Leite (2017. p 39.) almeja que as instituições facilitem ou proporcionem as operações do mercado livre e, assim, maximizem o comportamento autônomo racional e em busca de utilidade. Logo, Posner (2010. p. 136) argumenta que a correspondência entre maximização da riqueza e maximização da utilidade é certamente imperfeita, porém, tal fato não exclui que: "busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo" (POSNER, 2010, p. 79).

Vislumbra-se que a análise econômica do direito capitaneada por Posner almeja a maximização da riqueza social, e para isso apresenta teoria política que transcende o utilitarismo clássico e que concilia três princípios éticos concorrentes: a utilidade, liberdade e igualdade.

Assim, vislumbra-se que o professor de Chicago refuta as principais críticas dworkinianas, em especial, àquelas que acusam a análise econômica do direito ser utilitária, de modo a ratificar que a referida teoria, nos moldes previstos em *Economics Analysis of Law,* é uma teoria moral, de grande relevo, a ser observada pelos operadores do direito, eis que prioriza a riqueza como valor a ser alcançado a partir de decisões racionais, pautadas na eficiência, que podem ser tomadas pelos próprios destinatários da norma jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

[6] Richard Posner argumentou que a maximização da riqueza é consistente e fundamentalmente relacionada a intuições morais amplamente sustentadas (tradução nossa).

O presente artigo teve por escopo, consoante já explicitado, a exposição e análise da discussão feita entre Richard Posner e Ronald Dworkin, cujo destaque foram as divergências existentes entre ambos acerca da utilização da teoria econômica do direito como teoria política sobre o direito.

Consoante demonstrado no curso do presente ensaio, ao analisar a interdisciplinariedade da economia e seus efeitos sobre o pensamento jurídico, Posner desenvolveu, ainda na década de 1970, a denominada análise econômica do direito, propondo uma relação direta entre os institutos, pautada, especialmente, na maximização da riqueza.

O professor de Chicago defende que decisões eficientes são emanadas dos próprios indivíduos na qualidade de sujeitos racionais, ressaltando-se que a riqueza, que não se restringe a aspectos monetários, é caracterizada pela transferência de recursos aos indivíduos que valorizam mais sua propriedade.

Contudo, a referida teoria política foi alvo de diversas críticas, dentre elas, destacou-se as formuladas por Ronald Dworkin, o qual refutou expressamente a teoria, afirmando, em síntese, que a maximização da riqueza não corresponde ao ótimo de Pareto; que a riqueza não é um valor e; que a mesma pode, inclusive, gerar infelicidade. Conclui no sentido de que os argumentos posnianos são dotados de caráter eminentemente utilitarista.

Em resposta às críticas que considera como principais, Posner ratifica que a riqueza é um valor, sendo, inclusive, o mais importante deles. Aduz que as alegações de Dworkin não vão além do que um mero jogo de palavras. Discorda que apenas tenha valor intrínseco o que dependa da vontade ou intenção da agente, por se tratar de interpretação muito restritiva e, sinaliza que sua teoria não está vinculada ou caracterizada pelo utilitarismo, o qual afirma ser marcado por uma ética hedonista e antissocial, o que não coincide com os três princípios éticos que balizam a análise econômica do direito, que seriam: a utilidade, liberdade e igualdade.

Isso implica em reconhecer que os juristas em comento fazem leituras divergentes da análise econômica do direito, mas ambos apresentam seus fundamentos de forma coerente e persuasiva, o que desperta o pleno interesse de seus leitores.

A discussão é de grande relevância nos dias atuais em razão da evidente interrelação existente entre direito e economia, haja vista a dificuldade de se afastar o impacto econômico da materialização de direitos dos cidadãos. Assim, o estudo da análise econômica do direito, pode oferecer um padrão sistemático e analítico de intensa reflexão sobre as normas do ordenamento jurídico, de modo a se obter insumos que podem ser utilizados de forma ampla,

isto é, pelos próprios destinatários da norma, bem como, na fundamentação de decisões judiciais.

6 REFERÊNCIAS

ACORN, Annalise E. Valuing **Virtue: Morality and Productivity in Posner's Theory of Wealth Maximization.** 28 VAL. U. L. REV. 1993. p. 167-206.

CAMPBELL, Tom. A. La justicia**. Los principales debates contemporáneos**. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2008.

COHEN, Lloyd. **Justification of Social Wealth Maximization As a Rights-Based Ethical Theory.** A , 10 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 1987. p. 411-432.
COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Derecho y Economia. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça.** 2ª ed. Salvador: juspovium, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGA, Juliana Machado; VOLPATO, Luana Figueiró Silva. **Breve análise sobre o embate entre interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial.** (UNISC. Online), v.2, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Morais. **Posner e a tradição da análise econômica do direito.** 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito>. Acessoem: 01 out 2018.

GRANT, Robin F. **Judge Richard Posner's Wealth Maximization Principle: Another Form of Utilitarianism.** 10 CARDOZO L. REV. 1989. P. 815-846.

GUEST, Stephen. **Series: Jurist: Profiles in legal theory.** Ronald Dworkin. 3ª Edição. 2012.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito).

LEITE, Geraldo Neves; Dias, Jean Carlos. **A decisão judicial nos casos difíceis: uma análise a partir do debate entre Dworkin e Posner.** 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/1586>. Acesso em: 01 abril 2019.

_____. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner. Dissertação (Dissertação em Direito) –** Centro Universitário do Pará. Belém. 2017. Disponível em:

<http://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/2018/DISSERTAÇÃO%20GERALDO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 06 jun 2019.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: Um Esquema de crítica conceitual**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Edição 47. 2015.

MARTINEZ, Carlos. **Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner.** PERSONA & DERECHO, 60. 2009. p. 323-354

MARTINS, Ricardo Evandro dos Santos. **A filosofia moral de David Hume como fundamento da concepção utilitarista de justiça de John S. Mill**. 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/4lq86vdx/5xe1RXqnE5LSi8e5.pdf>. Acesso em: 13 nov 2018.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Fransciso José Borges. **A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin**. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 22, n 2, 2017. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993/pdf.. Acesso em: 08/11/2018.

O'HANLON, Stephen. **Equality, entitlement, and efficiency: dworkin, nozick, posner, and implications for legal theory**. 8 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 2009. p. 31-102.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald DworkinPragmatista? Aproximações entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e o Pragmatismo de Ludwig Wittgenstein.** Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v.03, p. 115-137, 2011.

POSNER, Richard. **A economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Richard. **Economic analysis of Law.** 8ª Ed. New York: Aspen Publishers, 2010b.

RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito.** In: DIAS, Jean Carlos (coord.). O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.