

Não se deve deixar de dar atenção, todavia, aos argumentos de Carnelutti. O processo desempenha um papel de mediação entre o direito do credor e o patrimônio do devedor⁸.

É evidente que Carnelutti está certo quando identifica que o credor tem o poder de acionar o Estado para sujeitar o devedor ao cumprimento da obrigação. Essa é, no entanto, a atuação dos meios processuais, que a ordem jurídica oferece como *instrumentos* para a satisfação do direito subjetivo. A responsabilidade, não obstante, é anterior à solução e funciona mesmo como um desestímulo ao inadimplemento: o credor é munido, desde a constituição da obrigação, de uma sanção cominada contra o devedor.

4. A Revitalização dos Estudos de “Direito e Processo”

Já se disse, com franca sabedoria, que “o processualista não se pode dar o luxo de ignorar o direito material”⁹. Com o civilista, não há de ser diferente.

Um civilista – especialmente o que se dedique à teoria da obrigação –, não se pode dar o luxo de ignorar o processo civil. À guisa de exemplo, o problema da prescrição seria muito melhor compreendido no direito brasileiro se o instituto fosse pensado considerando-se algumas regras do Código de Processo Civil, como as do art. 269, IV, e do art. 217, § 5º, esta com a substantiva alteração promovida pela Lei nº 11.280/2006.

Os estudos sobre a influência do direito substancial sobre o processo¹⁰ são importantes para a construção de uma *ordem jurídica justa*, na mesma medida em que a tutela jurisdicional, notadamente dos direitos fundamentais, é indispensável para a realização do Estado de Direito.

É preciso reforçar o caráter instrumental do direito processual¹¹. O processo não pode ser um fim em si mesmo, muito menos um esquema ou estratégia para postergar a atuação do direito civil. É saudável analisar a obrigação sob o ponto de vista da ação, como fez Betti, e buscar a compreensão do processo na teoria da obrigação, como conseguiu Carnelutti.

Os dois geniais juristas italianos não puderam concordar quanto à teoria da obrigação, mas deixaram riquíssimas contribuições para a teoria do direito, tanto no campo do direito material quanto no do processo.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 25.

⁸Assim notado no prefácio de Irti: “Poiché l’obbligazione gravita ormai sulla responsabilità – su ciò che segue all’inadempimento, e su modi e forme con cui il creditore cerca o ottiene la soddisfazione del proprio interesse –, il rapporto fra diritto e processo si colloca al centro dell’indagine. Il profilo della responsabilità sospinge verso il processo: fra il creditore insoddisfatto e i beni del debitore sta il giudice. Lo Stato moderno vieta la ‘ragion fattasi’, e perciò introduce fra credito e patrimonio del debitore l’ineludibile mediazione del processo”.

⁹“O processualista não se pode dar o luxo de ignorar o direito material. Às vezes, os escritores de direito material pensam que podem ignorar o processo, mas a recíproca nunca pode ser sequer admitida, nem por hipótese. O processualista tem de olhar para o que os outros estão fazendo, constante e permanentemente”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, jan./mar. 2004, p. 309.

¹⁰No direito brasileiro, já se chamou atenção para isso: “Na verdade, todos os institutos fundamentais do direito processual recebem reflexos significativos da relação jurídica material (jurisdição, ação, defesa e processo). O mesmo se diga das condições da ação, das nulidades processuais (especialmente quanto ao princípio da instrumentalidade das formas), coisa julgada, prova. Isso revela o nítido caráter instrumental do direito processual e reforça a necessidade de relativizar o binômio direito-processo”. BEDAQUE, José Roberto. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28.

¹¹“Como vem sendo dito, é relativizar o binômio *substance-procedure*. Não se trata de renunciar à autonomia do direito processual e muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência e a nível de garantias constitucionais. É que a autonomia do processo não implica seu isolamento e o seu culto como se fosse um valor em si mesmo”. DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 267, nota 1.

A CRÍTICA DA VERTENTE ECONÔMICA À TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

“The acceptability of a moral principle is inverse to its capacity to resolve an actual issue”

Richard A. Posner

MARCELO SANTINI BRANDO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria da justiça de John Rawls; 2.1. Noções gerais; 2.2. Posição original, Vêu da ignorância e regra de decisão; 3. A crítica da vertente econômica à teoria de John Rawls; 3.1. As críticas formuladas por Richard Abel Musgrave; 3.2. As críticas formuladas por John C. Harsanyi; 3.3. As críticas formuladas por Richard A. Posner; 3.3.1. O pensamento de Richard Posner; 3.2. As críticas formuladas por John C. Harsanyi; 3.3. As críticas formuladas por Richard A. Posner; 3.3.1. O pensamento de Richard Posner; 3.3.2. A concepção de justiça de Richard A. Posner; 4. Síntese conclusiva; Referências

1. Introdução

De alguns anos para cá o pensamento jurídico brasileiro tem sido largamente influenciado pela teoria da justiça concebida pelo filósofo norte-americano John Rawls. Em *Uma Teoria da Justiça*¹, livro publicado em 1971, John Rawls fez ressurgir no meio acadêmico os debates sobre justiça que haviam sido deixados de lado com a ascensão do positivismo jurídico entre os séculos XVIII e XIX. A importância da obra de John Rawls no meio acadêmico está consolidada e seu pensamento foi agregado ao conteúdo programático das disciplinas relacionadas como um autor digno de reflexão².

Entretanto, a aparente tranquilidade com que a doutrina brasileira invoca sua autoridade não deve levar à conclusão de que contra essa teoria não foram formuladas críticas³. Na realidade, diversas linhas de pensamento se formaram a partir

¹RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 3ª edição.

²É possível distinguir campos mais ou menos precisos de críticas à teoria de John Rawls. O conteúdo programático da disciplina *Teoria da Justiça* oferecida no segundo semestre de 2008 no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro serve ao propósito de demonstrar a multiplicidade de frentes de ataque à teoria. O plano de curso foi dividido em quinze aulas, sendo três de caráter introdutório, três voltadas a apresentar a teoria de John Rawls, e nove reservadas para o estudo de seus críticos.

³Vejam-se, por exemplo, FREEMAN, Daniel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; e DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls' A Theory of Justice*. New York: Basic Books, s.d.

da obra de John Rawls⁴. Este artigo apresentará uma linha específica de críticas que não recebeu a devida atenção pelos teóricos brasileiros: a linha de críticas formulada pelos autores de formação econômica ou pela escola da análise econômica do direito.

Portanto, não se pretende formular idéias originais neste artigo. Busca-se apresentar críticas que surgiram desde o lançamento de *Uma Teoria da Justiça*. A necessidade e utilidade dessa apresentação se evidenciam por duas razões. A primeira razão é que embora a internet tenha facilitado a pesquisa comparada no campo do direito, da economia e da filosofia, nem sempre o material buscado é acessível ao público em geral. As fontes de pesquisa abrangeram os textos dos autores apresentados, textos de outros autores que também aclararam o debate, bem como textos especializados no campo da economia para assegurar melhor compreensão acerca da linguagem enfrentada. A segunda razão é que parece ter-se estabelecido no Brasil um preconceito inadequado a respeito da economia, havendo uma associação entre ela e sentimentos/comportamentos odiosos como ganância, cobiça, avareza, luxúria, etc. Uma vez examinadas as críticas da vertente econômica à teoria da justiça, o leitor poderá a ela emprestar ou não sua adesão, mas certamente haverá de se despir desse preconceito.

O artigo segue a seguinte estrutura: no tópico 2 (item 2.1) serão apresentadas algumas noções gerais a respeito da teoria da justiça de John Rawls. Em seguida (item 2.2), serão delineados os temas que se tornaram alvo das críticas: a posição original, o véu da ignorância e a regra de decisão (racionalidade) adotada. Adiante, no tópico 3, será iniciada a exposição das críticas: primeiro, serão apresentadas as críticas formuladas pelos economistas Richard Abel Musgrave (item 3.1) e John C. Harsanyi (item 3.2); em seguida, serão apresentadas as críticas formuladas Richard A. Posner (item 3.3), teórico da escola da análise econômica do direito. Por fim, será apresentada uma síntese conclusiva (tópico 4).

2. A teoria da justiça de John Rawls

2.1. Noções gerais

A idéia de justiça existe há mais de dois milênios. Há diversas concepções de justiça, desde as que a reputam uma virtude a ser aferida a partir da conduta humana finalística, até as concepções idealistas e de caráter etéreo. Mas em todas há um ponto em comum: a justiça está ligada à idéia de equilíbrio. Daí John Rawls afirmar que o conceito de justiça “se refere a um equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes”⁵. É a partir da identificação dos princípios de justiça que John Rawls afirma ser capaz de oferecer uma concepção⁶ que determine o equilíbrio referido no conceito. O conceito de justiça se aplica sempre que há distribuição de algo que se considere vantajoso ou desvantajoso e a identificação dos princípios de justiça é o meio pelo qual se torna possível determinar o equilíbrio inerente a esse conceito.

O objeto da justiça em John Rawls é a estrutura básica da sociedade no contexto da cooperação social: a vida em sociedade oferece vantagens, oportunidades,

⁴Cite-se o indispensável trabalho de Roberto Gargarella, que foi capaz de inventariar e expor com notável clareza as diversas linhas de pensamento que surgiram após *Uma teoria da justiça* de John Rawls: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonzo Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

⁵RAWLS, John. Ob. cit. p. 12.

⁶Para compreender a distinção entre o conceito e concepção de justiça, ver RAWLS, John. Ob. cit. p. 12.

direitos, bens escassos cuja distribuição impensada levaria ao surgimento ou consolidação de desigualdades que não poderiam ser justificadas por critérios de mérito ou responsabilidade. Estabelecer a estrutura básica da sociedade como o objeto da justiça importa em empregar o conceito de justiça ao “modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais que determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”⁷: a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes⁷. A centralização do objeto da justiça na estrutura básica da sociedade assume relevância na medida em que a distribuição dos elementos nela contidos determinará a sorte dos indivíduos na cooperação social.

A partir dessas considerações John Rawls introduz o debate acerca da descoberta dos princípios da justiça social, lançando mão de uma situação hipotética – a posição original, idéia que será aprofundada adiante – pela qual se concebe um ambiente ideal em que pessoas livres e iguais (do ponto de vista moral), sob o chamado véu da ignorância, seriam chamadas a decidir qual concepção de justiça deveria organizar a estrutura básica da sociedade. Sustenta John Rawls que a teoria da justiça escolhida seria aquela concebida como “justiça como equidade”, de caráter procedimental puro⁸ e cuja marca distintiva residiria nos princípios escolhidos: o princípio da liberdade e o princípio da diferença.

É no desenvolvimento do segundo princípio que John Rawls apresenta a orientação igualitária de sua teoria, sustentando que as desigualdades econômicas e sociais somente se justificam se trouxerem o maior benefício possível para os menos favorecidos da sociedade. Contudo, John Rawls chega a essa orientação graças às opções que fez na construção do cenário da posição original, notadamente a opção quanto à regra de decisão que deve ser empregada pelas pessoas no processo de escolha dos princípios de justiça. É sobre esses e outros pontos que se concentram as críticas formuladas pelos autores de formação econômica. A seguir serão expostas as noções específicas a respeito do tema que fornecem a base para compreender as críticas no tópico 3.

2.2. Posição original, véu da ignorância e regra de decisão

A posição original é uma ferramenta analítica para esclarecer o conceito de justiça e outros aspectos morais. Para compreendê-la, John Rawls sugere que se eleve a um plano superior de abstração a já conhecida teoria do contrato social. Sua

⁷John Rawls dá exemplos: “...a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção, e a família monogâmica são exemplos de instituições sociais importantes” (Ob. cit. p. 8).

⁸No texto (Ob. cit. pp. 103/104), Rawls aponta as características da justiça procedimental pura e estabelece uma distinção entre ela e a justiça procedimental perfeita e a justiça procedimental imperfeita. Nas palavras de Rawls, os traços característicos da justiça procedimental perfeita seriam: “Em primeiro lugar, há um critério independente para definir o que é divisão justa, um critério definido em separado e antes do processo que se deverá seguir. E, em segundo lugar, é possível elaborar um método que com certeza produzirá o resultado desejado”. No entanto, adiante afirma: “É evidente que a justiça procedimental perfeita é rara, se não impossível, em casos de interesses muito mais práticos”. Sobre a justiça procedimental imperfeita, Rawls afirma: “A marca característica da justiça procedimental imperfeita é que, embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente”. Rawls dá como exemplo de justiça procedimental imperfeita o julgamento no âmbito do processo penal, em que, a despeito da estrita observância das leis do processo, o resultado alcançado pode simplesmente ser errado (a condenação de um inocente). Por fim, Rawls trata da justiça procedimental pura: “A justiça procedimental pura, em contraste, verifica-se quando não há um critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for, contanto que se tenha aplicado corretamente o procedimento”.

proposta é afastar-se da teoria do contrato social como “*um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo*”⁹, emprestando-lhe nova função ao invocá-la para submeter a escolha de princípios de justiça, que se apliquem à estrutura básica da sociedade, a um consenso original.

A formação desse consenso original decorreria de um processo dedutivo pensado hipoteticamente – daí o nome “posição original”. De acordo com John Rawls, a posição original “*não pretende explicar a conduta humana, a não ser na medida em que ela tenta interpretar juízos morais e nos ajuda a interpretar nosso senso de justiça*”¹⁰. Logo, a validade da argumentação desenvolvida a partir dessa ferramenta independeria da existência de situações reais semelhantes a ela. Afirma John Rawls: “*A argumentação tem o propósito de ser estritamente dedutiva*”¹¹. Assim, idealizam-se indivíduos que seriam chamados a tomar uma decisão sobre a concepção de justiça que deve reger a sociedade, sobre os princípios que devem garantir o equilíbrio do próprio conceito de justiça.

Além disso, a posição original é marcada pelo que John Rawls chama de véu da ignorância: diante da necessidade de garantir que a escolha de princípios de justiça não seja influenciada por preferências específicas das pessoas, John Rawls sugere que elas não conhecem suas condições pessoais e não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular¹². Por outro lado, essa limitação cognitiva não alcança fatos genéricos sobre a sociedade humana, tais como os ligados às relações políticas, os princípios da teoria econômica, etc.

Após estabelecer essas premissas, John Rawls passa a tratar do raciocínio que conduziria aos princípios de justiça, em especial o princípio da diferença. Partindo da idéia de que as pessoas na posição original não são invejosas, afirma que elas não aceitariam a consolidação de um *status* de desigualdade econômica e institucional que não fosse justificável aos olhos daqueles que ganharam o mínimo na distribuição dos recursos. Em seguida, para sustentar a escolha do princípio da diferença, sustenta que as pessoas adotariam uma orientação de racionalidade específica: a regra de decisão *maximin*¹³. Segundo essa regra de decisão, nos momentos de incerteza as alternativas devem ser hierarquizadas de acordo com seus piores resultados possíveis, e a escolha deve se dirigir àquela alternativa cujo pior resultado seja melhor que o pior dos resultados das outras¹⁴. Portanto, a regra *maximin* busca minimizar as perdas sugerindo que se opte pela alternativa “menos pior”. Disso decorreria a formulação do princípio da diferença.

Embora reconheça que a regra *maximin* não é em geral “uma orientação adequada para escolhas em situações de incerteza”¹⁵, John Rawls sustenta que no contexto da posição original essa regra tem plena adequação. Em síntese, são três

⁹Ob. cit. p. 13.

¹⁰Ob. cit. p. 146.

¹¹Ob. cit. p. 147.

¹²Veja-se a passagem bastante elucidativa (pág. 15): “...ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios da justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância”.

¹³*Maximin* é a abreviação de *maximum minimorum*.

¹⁴Ob. cit. p. 186 e ss. Ver também a nota de rodapé nº 18 contida na “Apresentação da edição brasileira” elaborada por Álvaro de Vita (ob. cit., pág. XXIII).

¹⁵Ob. cit. p. 187.

os argumentos sustentados¹⁶. Primeiramente, John Rawls afirma que é impossível atribuir probabilidades racionais aos possíveis resultados que seriam alcançados pela escolha de uma ou outra concepção de justiça. Segundo, há um grau mínimo de bens primários abaixo do qual o bem-estar dos indivíduos se mostra excessivamente reduzido e que, por isso, deve ser evitado a todo custo: o mínimo assegurado pelos dois princípios não é um mínimo que as partes queiram pôr em risco em nome de maiores vantagens econômicas e sociais. Por fim, a adoção de concepções de justiça alternativas à “justiça como equidade” poderia trazer resultados intoleráveis (ex.: quando não trouxesse a escravidão ou servidão, traria graves infrações à liberdade em nome de maiores benefícios sociais).

Impõe-se fazer um último esclarecimento a respeito da posição original e sua concepção. John Rawls reconhece que lançar as partes no véu da ignorância não afasta o problema de se fazer escolhas em condições de incerteza e risco¹⁷. E pensar o modo como superar essa incerteza no contexto da escolha de princípios de justiça enseja a interação da teoria da justiça com a teoria da decisão racional. Por isso John Rawls afirma que a teoria da justiça é uma parte, “talvez a mais importante”, da teoria da escolha racional¹⁸. Decidir racionalmente o curso de ação a ser adotado numa situação de incerteza depende antes da definição acerca da importância que a avaliação de probabilidades da ocorrência de determinado evento tem na própria escolha, depende também da definição sobre se e em que medida o risco interfere na postura psicológica do indivíduo na posição original, etc. A posição de John Rawls sobre essas questões pode ser sintetizada da seguinte forma: o véu da ignorância exclui o conhecimento da postura específica de cada um a respeito das situações de risco; na posição original ou as partes descartam estimativas de probabilidades que não se baseiem em dados empíricos, ou se figura a atribuição de equi-probabilidades aos possíveis fatos – isto é, a situação em que não se sabe nada além do que a própria ocorrência de determinados eventos, hipótese em que se atribui probabilidades iguais à ocorrência de cada um deles¹⁹.

Após essa breve exposição do cenário da posição original é que se compreende melhor o princípio da diferença, de acordo com o qual as desigualdades sociais e econômicas devem estar ordenadas de modo a garantir o máximo benefício esperado às pessoas menos afortunadas da sociedade. Garante-se a todos um conjunto mínimo de bens primários abaixo do qual o bem-estar dos indivíduos se mostra excessivamente reduzido e que, por isso, deve ser evitado. Assim, as pessoas na posição original minimizariam os ônus decorrentes de virem a ser as menos afortunadas da sociedade.

Apresentadas essas noções fundamentais da teoria da justiça de John Rawls já é possível ingressar no debate crítico travado pela vertente econômica.

¹⁶Ob. cit. pgs. 187/190.

¹⁷A delimitação conceitual de incerteza e risco é tema marcado por sérias controvérsias. A propósito, veja-se: HOLTON, Glyn A. *Defining Risk. Financial Analysts Journal*, 60 (6), 19–25, 2004, disponível em <http://www.riskexpertise.com/papers/risk.pdf> - Acesso em 15/02/2009. A distinção poderia ser estabelecida da seguinte forma: incerteza consiste na ignorância sobre se determinada proposição é verdadeira ou falsa. Probabilidade comumente é usada como medida de incerteza. Já risco é a exposição a uma proposição sobre a qual há incerteza. O termo exposição também carece de definição, sendo concebido como a característica da incerteza sobre a veracidade de determinada proposição ter relevância ou não para um determinado indivíduo. Somente se fala em risco quando há exposição e incerteza.

¹⁸RAWLS, John. Ob. cit. p. 20.

¹⁹Ob. cit. pp. 208/210.

3. A crítica da vertente econômica à teoria de John Rawls

O sucesso que a teoria de John Rawls vem experimentando no Brasil não é obra do acaso. Afora a óbvia consideração a respeito do prestígio intelectual que seu autor desfruta até hoje no meio acadêmico, o viés igualitário da teoria tem servido de inspiração àqueles que buscam fundamentação mais sofisticada a respeito das potencialidades da Constituição brasileira de 1988, tendo em vista que a redução das desigualdades sócio-econômicas é ideal expressamente consagrado em diversas passagens de seu texto (art. 3º, III; art. 43; art. 165, § 7º; e art. 170, VII). Somando-se isso a um passado estigmatizado por um sistema de privilégios odiosos distribuídos a poucos e a um atual estado de coisas marcado pela elevada cifra de 30% da população brasileira vivendo em estado de pobreza (ou seja, pessoas que vivem com rendimento mensal familiar de até ½ salário mínimo *per capita*)²⁰, forma-se um ambiente convidativo a esse tipo de pensamento.

Entretanto, o acabamento racional dado por John Rawls ao viés igualitário de sua teoria não foi suficiente para garantir adesão incondicional por parte dos estudiosos. De um lado, ao situar a teoria da justiça no campo da escolha ou decisão racional, John Rawls avançou em terreno familiar a outros ramos do conhecimento (a teoria da decisão racional, por exemplo, é empregada no campo da economia, da ciência política, da antropologia e da sociologia), abrindo espaço para que os teóricos desses ramos formulassem críticas. Os itens 3.1 e 3.2 se ocupam desse aspecto ao apresentar a crítica dos economistas. De outro lado, a preocupação com a redução das desigualdades sociais alinha a teoria da justiça de John Rawls ao liberalismo igualitário, fato que, todavia, não deve levar à conclusão de que não seria possível conceber uma teoria da justiça abrangente de viés libertário (ou conservador). O item 3.3 se ocupa dessa concepção de justiça.

Embora cada um dos autores apresentados nos itens a seguir tenha sido capaz de oferecer uma crítica marcante e distinta, todos eles se aproximam em dois aspectos. Primeiro, eles podem ser agrupados na chamada vertente econômica da crítica à teoria da justiça de John Rawls. Essa vertente econômica engloba tanto os autores de formação econômica, quanto os autores que se alinham à escola da análise econômica do direito. Segundo, esses autores parecem concordar com a idéia de que o perfil dado por John Rawls à posição original é inadequado. Apesar de não aderir a essa vertente econômica, Benjamin R. Barber²¹ formulou aguda e irônica crítica a respeito do perfil dado por John Rawls à posição original. Veja-se a passagem a seguir (tradução livre)²², que muito tem a ver com o que será apresentado nos itens 3.1 e 3.2:

²⁰INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicso-ciais2008/indic_sociais2008.pdf - Acesso em 13/02/2009, p. 130.

²¹Benjamin Barber é professor de Ciência Política e diretor do Centro Walt Whitman para a Cultura e da Política da Democracia da Universidade de Rutgers (Universidade do Estado de Nova Jersey).

²²*Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls*, in: DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls' A Theory of justice*. New York: Basic Books, s.d., Part IV: Views from the social sciences, pp. 292/318. A crítica dirigida à posição original e à regra *maximin* se inicia na p. 293 e culmina na p. 299, onde se lê: "Rawlsian man in the original position is finally a strikingly lugubrious creature: unwilling to enter a situation that promises success because it also promises failure, unwilling to risk winning because he feels doomed to losing, ready for the worst because he cannot imagine the best, content with security and the knowledge he will be no worse off than anyone else because he dares not risk freedom and the

O indivíduo concebido por Rawls na posição original é uma criatura surpreendentemente lúgubre: indisposto a se lançar numa situação que prenuncia sucesso porque também prenuncia fracasso, indisposto a arriscar vitórias porque se sente fadado à derrota, de prontidão para o pior porque não pode imaginar o melhor, satisfeito com a segurança e a ciência de que não será pior do que todos os outros porque não ousa arriscar liberdade e a possibilidade de que seja mais afortunado.

Encerra-se esta breve introdução do tópico 3 definindo sua estrutura: nos itens 3.1 e 3.2 serão apresentadas as críticas formuladas por dois teóricos de formação econômica²³: o economista alemão – naturalizado cidadão dos EUA em 1940 – Richard Abel Musgrave e o economista húngaro John C. Harsanyi. No item 3.3 serão apresentadas as críticas formuladas por Richard A. Posner, teórico alinhado à escola da análise econômica do direito. A apresentação nessa ordem atende a um critério cronológico e também facilita a exposição da teoria da justiça sustentada por Richard A. Posner, que adere expressamente a algumas das proposições de John C. Harsanyi.

3.1. As críticas formuladas por Richard Abel Musgrave²⁴

A crítica formulada por Richard Musgrave busca demonstrar que, apesar da argumentação caracterizada pela constante referência à linguagem típica da economia, a concepção de justiça de John Rawls não representa a solução para um problema de otimização de comportamentos sob incerteza. Richard Musgrave enfoca as inter-relações entre a aversão a risco (se total, se não é total, ou se as partes atuam *como se fosse* total) e o véu da ignorância (ligado ao conhecimento ou não das capacidades produtivas, e ao uso ou não desse conhecimento) na posição original. É dizer: sua crítica se direciona ao exame das condições estabelecidas na posição original que autorizariam o alcance da regra *maximin* e, fatalmente, do princípio da diferença. Richard Musgrave sistematiza seu pensamento e divide em sete os possíveis cenários de inter-relações entre aversão a risco e véu da ignorância. Os três primeiros itens abaixo listados enfocam o problema da aversão a risco num cenário em que as capacidades produtivas são desconhecidas, ao passo que os demais itens enfocam o

possibility that he will be better off".

²³Deixam-se de lado as demais considerações feitas por Benjamin R. Barber. No entanto, é válida uma pequena referência a respeito do experimento conduzido por Norman Frohlich, Joe A. Oppenheimer e Cheryl L. Eavey com a finalidade de descobrir quais princípios de justiça distributiva seriam escolhidos por pessoas reais. O estudo apresentou resultado surpreendente: "O princípio da diferença de Rawls nunca foi escolhido e foi o menos popular nos rankings de preferência" (tradução livre). Ver FROHLICH, Norman; OPPENHEIMER, Joe A.; EAVEY, Cheryl L. *Choices of principles of distributive justice in experimental groups*. American Journal of Political Science, Vol. 31, No. 3 (Aug. 1987), pp. 606-636, especialmente p. 628 onde se lê: "Rawls's difference principle was never chosen and was the least popular in preference rankings".

²⁴Richard Abel Musgrave, falecido em janeiro de 2007, foi um economista alemão, naturalizado norte-americano, mestre e doutor em economia pela Universidade de Harvard, onde foi professor emérito da faculdade de artes e ciências, e da Faculdade de Direito. Uma breve nota biográfica pode ser encontrada no portal da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard: <http://www.law.harvard.edu/news/bulletin/2007/spring/mem-musgrave.php> - Acesso em 11/02/2009. Sua crítica à teoria de John Rawls encontra-se no seguinte texto: MUSGRAVE, Richard A. *Maximin, uncertainty, and the leisure trade-off*. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 88, No. 4 (Nov., 1974), pp. 625-632.

problema do véu da ignorância. Eis, em síntese, os argumentos e conclusões a que chegou o economista:

1. *Aversão a risco é total.* Conceber um cenário em que as partes fossem absolutamente avessas a risco e não tivessem conhecimentos a respeito de suas capacidades produtivas seria propício ao surgimento da regra *maximin*, pois restaria às pessoas ordenar os resultados “menos piores” e escolhê-lo. Nesse caso, segundo Richard Musgrave, o resultado seria considerado justo porque estaria de acordo com axiomas morais, tais como o igual valor dos indivíduos e o auto-interesse, e porque transforma o fato da desigualdade de capacidades produtivas em um bem social. A regra *maximin* seria encontrada sem que houvesse tensão entre interesses pessoais e justiça. O problema é que um cenário como este dificilmente constituiria o fundamento de uma teoria da justiça aplicável a um mundo que é, acima de tudo, marcado por conflitos. A hipótese é, portanto, rejeitada.
2. *Aversão a risco não é total, mas as pessoas agem como se fosse total.* O resultado alcançado neste cenário seria similar ao anterior. O problema é que não há nenhum valor intrínseco na conduta de pessoas que agem *como se* fossem inteiramente avessas a risco. Seria mais simples se as pessoas aceitassem de pronto a regra *maximin* com base em axiomas morais. Aqui também a hipótese é rejeitada.
3. *Aversão a risco não é total e as pessoas agem de acordo com essa postura.* Neste caso, a situação seria bastante diferente: um grau menor de igualdade seria alcançado, dependendo da postura de cada pessoa frente aos riscos e das suas habilidades de barganha. Essas peculiaridades já mostram que o cenário não é propício a se chegar à regra *maximin*: admitir que as pessoas empreguem suas habilidades de barganha implica em admitir que sejam buscados resultados que maximizem seus interesses, cenário que se mostra incompatível com a regra *maximin*.
4. *Capacidades produtivas são conhecidas e aversão a risco é variável.* Se se afirmar que capacidades produtivas são conhecidas e que as pessoas agirão conforme esse conhecimento, então o resultado dependerá dos diferentes níveis dessas capacidades produtivas e das habilidades de barganha. Neste caso, diferentes níveis de desigualdade podem surgir na sociedade, conformando-se ou não à regra *maximin* de acordo com as possíveis combinações.
5. *Capacidades produtivas são conhecidas, mas as partes agem como se fossem desconhecidas, e aversão a risco é total.* Este é o cenário propício ao surgimento da regra *maximin*. Neste caso, ao contrário do que se deu no item 2, o “agir *como se*” tem um valor intrínseco: agir desconsiderando suas capacidades produtivas é agir de maneira desinteressada – afirma Richard Musgrave. Neste caso, a regra *maximin* é alcançada de maneira mais significativa. O problema é que aversão total a risco é uma situação de ocorrência improvável.
6. *Capacidades produtivas são conhecidas, mas as partes agem como se fossem desconhecidas, e aversão a risco é variável.* Neste caso, a regra *maximin* não seria alcançada, porque a situação dependerá da postura de cada pessoa frente aos riscos e das suas habilidades de barganha.
7. *Por fim, capacidades produtivas são conhecidas, mas as partes agem como se fossem desconhecidas; e aversão a risco não é total, mas as partes agem como se fosse total.* Essa situação estaria sujeita às mesmas críticas formuladas no item 2:

não há valor intrínseco em “agir *como se*” o risco fosse total. Além disso, a regra *maximin* não é alcançada porque ela só surge no cenário de aversão total a risco.

Diante de tais considerações, Richard Musgrave conclui que o emprego da regra *maximin* na posição original não é o ponto de otimização de um comportamento sob incerteza deduzido de um modelo em que o conhecimento sobre as capacidades produtivas e a aversão ao risco seriam as variáveis. Na realidade, na teoria da justiça de John Rawls a regra *maximin* já é a variável predeterminada e a função do sistema é apenas encontrar o padrão de aversão ou preferência ao risco a partir do qual a regra *maximin* decorreria (o que corresponderia à situação nº 5, ressalvada a crítica quanto sua plausibilidade). Em suma, para Richard Musgrave o véu da ignorância não passaria de um mecanismo para assegurar uma visão desinteressada de “boa sociedade”, mas não resolveria o problema central: a formulação de uma concepção de justiça que solucione o problema de otimizar comportamentos sob incerteza. Logo, só restaria a John Rawls extrair o fundamento da regra *maximin* diretamente dos axiomas morais de igual valor dos indivíduos, auto-estima, estabilidade, harmonia, etc.

3.2. As críticas formuladas por John C. Harsanyi²⁵

A crítica formulada por John Harsanyi está centrada na escolha por John Rawls da regra *maximin* como a regra de decisão adotada pelas partes na posição original e na apresentação de uma alternativa. John Harsanyi busca minar a racionalidade da regra *maximin* tanto para a tomada de decisões do dia-a-dia quanto para a formação do consenso na posição original. Para demonstrar o argumento, ele formula o seguinte exemplo: um indivíduo, morador da cidade de Nova Iorque, se vê diante da possibilidade de escolher entre duas propostas de emprego, uma em Chicago e outra em sua cidade. O emprego em Chicago seria bastante atrativo e ofereceria remuneração muito mais vantajosa, mas o indivíduo se veria forçado a viajar de avião para assumir a vaga já no dia seguinte. O trabalho em Nova Iorque, além de entediante, não ofereceria salário vantajoso, mas o indivíduo não estaria sujeito ao risco de morrer num acidente de avião.

O curso de ação a ser adotado por esse indivíduo seria diferente conforme escolhesse o melhor dentre os piores resultados possíveis ou escolhesse o resultado que maximizasse a utilidade por ele esperada. O emprego da regra *maximin* sugeriria que o indivíduo rejeitasse o emprego em Chicago e aceitasse o emprego em Nova Iorque, tendo em vista o risco de vir a morrer em um acidente de avião. A teoria bayesiana sugeriria que o indivíduo aceitasse a oferta de emprego em Chicago e, por conseguinte, rejeitasse o emprego em Nova Iorque, porque essa é a conduta que maximiza seus interesses. A irracionalidade da decisão que aplica a regra *maximin* consiste exatamente em sugerir que, em qualquer hipótese, o indivíduo aceite o trabalho em Nova Iorque pelo simples fato de existir o risco de vir a morrer em decorrência de um acidente de

²⁵John C. Harsanyi, falecido em agosto de 2000, foi um economista húngaro (doutor pela Universidade de Stanford em 1959) laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1994 juntamente com John Nash e Reinhard Selten, tendo lecionado na Universidade da Califórnia, Berkeley. É possível acessar sua breve autobiografia no portal eletrônico do Prêmio Nobel: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1994/harsanyi-autobio.html - Acesso em 10/02/2009. Sua crítica à teoria de John Rawls encontra-se no seguinte texto: HARSANYI, John C. *Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's Theory.* The American Political Science Review, Vol. 69, No. 2 [Jun., 1975], pp. 594-606.

avião, não importando o quão improvável seja a ocorrência desse fato. Diante de tais constatações, John Harsanyi afirma²⁶:

...nos casos em que os dois princípios (refere-se à regra *maximin* e à regra bayesiana) sugerem diretrizes de conseqüências muito distintas, de modo que se mostrem longe de ser equivalentes, é sempre o princípio da 'maximização da utilidade esperada' que, após exame mais acurado, sugere diretrizes mais razoáveis, e sempre o princípio *maximin* que sugere diretrizes irrazoáveis.

À mesma conclusão se poderia chegar quanto à escolha de princípios de justiça. O fato de a posição original ser marcada pelo véu da ignorância não implica admitir que as pessoas ajam irracionalmente. E a própria deficiência da regra *maximin* como regra de decisão já aponta no sentido de ser ela um instrumento inepto para ser empregado no processo de dedução dos princípios de justiça. Para alcançar o princípio da diferença, como resultado da aplicação da regra *maximin*, John Rawls considera natural a escolha de um princípio de justiça com base na presunção de que uma pessoa virá a ser a menos afortunada da sociedade, a despeito do quão improvável seja a ocorrência desse fato. Daí a crítica de John Harsanyi ser enfática:

"É extremamente irracional tornar seu comportamento inteiramente dependente de algumas contingências desfavoráveis altamente improváveis, a despeito de quão pouca probabilidade você esteja disposto a atribuí-las"²⁷.

Na realidade, de acordo com John Harsanyi, a construção do princípio da diferença resultaria de uma interpretação forçada e artificial do postulado kantiano de que o ser humano deve ser tratado como fim e não como meio²⁸. Para sustentar seu argumento ele busca demonstrar que a aplicação do princípio da diferença pode levar a implicações morais inteiramente inaceitáveis. Dois exemplos são formulados²⁹.

1. No primeiro exemplo, Harsanyi apresenta o problema da sociedade composta por um médico, dois pacientes com pneumonia, e apenas uma dose de antibiótico para tratar a doença. Um deles (A), apesar da pneumonia, teria boa saúde; o outro (B), além da pneumonia, seria paciente com câncer em estágio terminal.
2. No segundo exemplo, Harsanyi formula o problema da distribuição de recursos excedentes e indivisíveis de uma sociedade entre um indivíduo com excelente potencial intelectual em matemática (A) ou um indivíduo portador de grave doença

²⁶HARSANYI, John C. Ob. cit. pp. 595/596.

²⁷Ob. cit. p. 595.

²⁸RAWLS, John. Ob. cit. p. 221: "Considerar as pessoas como fins em si mesmas nos arranjos fundamentais da sociedade significa aceitar abdicar de ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Em contraste, considerar as pessoas como meios significa se dispor a impor perspectivas de vida ainda mais baixas às pessoas menos favorecidas".

²⁹Os exemplos são expandidos no *postscript* do texto (Ob. cit. pp. 605/606), em resposta ao artigo que John Rawls publicou em defesa da regra *maximin*. Ver: RAWLS, John. *Some Reasons for the Maximin Criterion*. The American Economic Review, Vol. 64, No. 2, Papers and Proceedings of the Eighty Sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1974), pp. 141-146.

mental (B). O investimento na educação de A se mostra bastante promissor, capaz de lhe proporcionar grande evolução, ao passo que para B novo investimento em educação lhe traria no máximo a possibilidade de aprender a amarrar os laços dos sapatos.

Em sendo aplicado o princípio da diferença em ambos os casos a resposta seria óbvia: o paciente B e o indivíduo B, por serem os membros menos afortunados da sociedade, deveriam ser destinatários da distribuição desses recursos. Logo, o paciente em estágio terminal deveria receber o tratamento de pneumonia e o indivíduo portador de grave doença mental deveria receber nova instrução educacional. Contudo, John Harsanyi sustenta que tais soluções são inteiramente inaceitáveis do ponto de vista da ética utilitarista³⁰ e também do senso comum. A solução deveria ser a oposta: o antibiótico deveria ser ministrado ao paciente A, considerando-se que tem maior condição de sobrevivência, e os recursos excedentes da sociedade deveriam ser empregados no aprimoramento da educação do indivíduo A, já que extrairá muito maior proveito. A utilidade, o benefício alcançado por essas opções é muito maior do que o benefício alcançado pela opção sugerida pelo princípio da diferença.

É neste ponto que Harsanyi desconstrói a relação entre o princípio da diferença e o postulado kantiano de tratar seres humanos como fins e não como meios: (1) a opção sugerida pela ética utilitarista e pelo senso comum não importa em transformar o paciente B e o indivíduo B em meios para a consecução dos fins do paciente A e indivíduo A, porque o postulado kantiano se refere ao uso das faculdades mentais ou físicas dos corpos de B como instrumentos a serviço dos outros, o que não seria o caso. Na realidade, ao paciente B e ao indivíduo B estaria sendo negado o uso de certos recursos em prol do paciente A e do indivíduo A, porque eles têm maiores necessidades e deles extrairão maior utilidade. (2) Além disso, a interpretação do postulado kantiano seria dúbia e geraria a seguinte dificuldade: se se admitir que a priorização dos interesses de A sobre B violam o postulado kantiano, então se deve concordar que a conduta contrária (priorizar B sobre A) importaria em uma violação ainda mais grave desse postulado, por conta do evidente escalonamento de utilidade, resultando no tratamento de A como meio para o alcance dos fins de B.

Após minar as principais bases do pensamento de John Rawls, John Harsanyi sugere outro perfil para a posição original, da qual decorreria outro princípio de justiça: o princípio da utilidade média. Em sua visão, se chamados a tomar uma decisão acerca dos arranjos institucionais, os indivíduos escolheriam os arranjos institucionais (quase) inteiramente com base em suas preferências pessoais. Submetendo-os ao véu da ignorância – e, portanto, deixando de lado as preferências pessoais –, os indivíduos então adotariam a maximização da utilidade esperada como regra de decisão. Nessas condições, os arranjos institucionais escolhidos seriam aqueles que trouxessem a maior utilidade média aos membros da sociedade³¹. Daí o princípio da utilidade média em oposição ao princípio da diferença.

A racionalidade dessa postura teórica de John Harsanyi se completa com a referência à solução por ele sugerida a três questões correlatas. Primeiro, na visão de John Harsanyi, todos os indivíduos que estejam a fazer um julgamento moral

³⁰É importante destacar que no artigo aqui explorado, John Harsanyi faz uma defesa expressa da ética utilitarista. Ver: Ob. cit. p. 598, onde se lê: "... my own model yields a moral theory based on the principle of average utility and, therefore, clearly belonging to the utilitarian tradition". Ver também pp. 604/606.

³¹HARSANYI, John C. Ob. cit. p. 600.

avaliarão os possíveis arranjos institucionais em termos da utilidade média que podem trazer aos membros da sociedade. Isso significa incorporar funções de utilidade de von Neumann-Morgenstern (vNM)³² na própria definição de justiça e outros valores morais. As funções de utilidade vNM são funções de utilidade cardinal, o que significa que sua tarefa primária é indicar o quanto de utilidade um certo indivíduo atribui a diversos objetivos. É por isso que, segundo o economista húngaro, a função de utilidade de vNM tem espaço legítimo na ética, porque expressa a importância subjetiva que as pessoas atribuem a suas várias necessidades e interesses

Segundo, John Harsanyi sustenta que deveria ser admitida a avaliação de probabilidades subjetivas na posição original, em oposição à postura de John Rawls³³. Portanto, a formação de um julgamento moral numa situação de incerteza enseja a avaliação das probabilidades de se vir a ser o indivíduo mais afortunado da sociedade, ou então o segundo mais afortunado, ou o terceiro mais afortunado, e assim por diante. John Harsanyi assim sustenta com base na teoria de decisão racional bayesiana, segundo a qual o agente em processo de tomada de decisão, cujo comportamento está de acordo com postulados de racionalidade mínimos, simplesmente não pode evitar o uso de probabilidades subjetivas.

Terceiro, John Harsanyi considera essenciais, inescapáveis, as comparações de utilidade interpessoal. Em sua visão, é necessário que aquele que faz um julgamento moral tente visualizar como seria estar na condição de outro membro da sociedade. Seu fundamento lógico estaria no postulado de que as preferências e funções de utilidade de todos os seres humanos são regidas pelas mesmas leis psicológicas. E embora reconheça que essa seja uma tarefa complexa, afirma que não pode ser deixada de lado numa teoria moral.

É com base nesses fundamentos que John Harsanyi justifica um perfil diferenciado à posição original, marcada pela maximização da utilidade esperada como racionalidade empregada pelas partes, e pela escolha do princípio da utilidade média como princípio de justiça escolhido. Nesse sentido, a formulação teórica de John Harsanyi se distancia da postura contratualista de John Rawls e se alinha expressamente à teoria moral utilitarista.

3.3. As críticas formuladas por Richard A. Posner³⁴

Ao contrário do que até agora foi exposto, Richard Posner não formula

³²Em referência ao matemático John von Neumann e ao economista Oskar Morgenstern, pioneiros na elaboração da teoria dos jogos. Para uma introdução sobre o tema, veja-se: DAVIS, Morton D. *Game theory: a non-technical introduction*, with foreword by Oskar Morgenstern. New York: Dover Publications, Inc., especialmente pp. 57/74.

³³É bem verdade que John Rawls rejeita o emprego de probabilidades no contexto da posição original, pois, para que os juízos de probabilidade sirvam de fundamento da decisão racional, devem ter uma base objetiva. Por isso afirma que as partes “descariam estimativas de probabilidades que não se amparem no conhecimento de determinados fatos e que provenham, em grande parte, se não exclusivamente, do princípio da razão suficiente” (RAWLS, John. Ob. cit. p. 210). Entretanto, para John C. Harsanyi, de acordo com a teoria bayesiana de decisão, admitindo-se que aquele que toma uma decisão se orienta de acordo com postulados de racionalidade mínimos, fatalmente não poderá evitar uso de probabilidades subjetivas, ainda que adote a regra *maximin* (HARSANYI, John C. Ob. cit. p. 599).

³⁴Richard A. Posner, nascido em 1939, graduou-se na Universidade de Harvard em 1962 e em 1969 ingressou no corpo docente da Universidade de Chicago. Desde 1981 é juiz federal da Corte de Apelação do 7º Circuito nos EUA. Sua produção acadêmica é bastante significativa, contando com livro de referência no campo da análise econômica do direito: *Economic analysis of Law*, 7ª edição, 2007. Mais informações podem ser obtidas no portal da Universidade de Chicago, conforme o link a seguir: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-ri/index.html> - Acesso em 13/02/2009.

críticas pontuais a respeito da teoria de John Rawls. Na realidade, ele vai além e tenta oferecer uma nova concepção de justiça. Em *The Economics of Justice*³⁵, lançado em 1981, Richard Posner sustenta uma singular concepção de justiça como eficiência, de acordo com a qual um ato ou instituição será justo se maximizar a riqueza da sociedade³⁶. Maximização da riqueza da sociedade é representada pelo aumento do poder de compra das pessoas. A fundamentação dessa concepção será desenvolvida adiante no item 3.3.2.

Antes, convém apresentar as características marcantes do pensamento desse autor. É que a postura teórica professada por John Rawls aparentemente tem recebido boa acolhida entre teóricos brasileiros, de modo que apresentar uma síntese do pensamento de Richard Posner pode auxiliar o leitor a se familiarizar com as posturas teóricas por ele sustentadas. A seleção do material apresentado se deu com atenção a duas diretrizes: (1) enfatizar as diferenças havidas entre elas e as adotadas por John Rawls; e (2) tornar mais inteligível o debate acerca da concepção de eficiência por ele defendida no item 3.3.2.

3.3.1. O pensamento de Richard Posner³⁷

A seguir serão apresentadas algumas das principais idéias que marcam o pensamento de Richard Posner: (i) sua postura relativista em relação à teorização moral; (ii) as críticas ao moralismo acadêmico, notadamente quanto à sua inépcia pragmática; (iii) a postura cética quanto à utilidade da invocação da autoridade de textos clássicos na busca de solução de problemas atuais; e (iv) a rejeição da importância na identificação de sobreposições parciais havidas entre deveres morais e jurídicos.

Richard Posner se identifica com uma forma de relativismo moral³⁸ – e, como ele mesmo afirma, rejeita e adota alguns outros “ismos”. Isso significa que Richard Posner rejeita a existência de uma ordem moral, universal, atemporal e

³⁵POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

³⁶Indaguei a Richard Posner, em e-mail enviado em 29/01/2009, se a tese central formulada nesse livro ainda era por ele sustentada, tendo em vista o lapso temporal de quase 30 anos. Em resposta (09/02/2009), Richard Posner (em e-mail assinado por sua assistente-chefe Laura Bishop) declarou ser afirmativa a resposta: “*He says that, yes, he would still maintain the idea of justice in his book The Economics of Justice*”.

³⁷Esta breve apresentação do pensamento de Richard Posner foi elaborada, em sua essência, a partir dos capítulos 1 e 2 do livro *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1999. Obviamente, exigiu-se a simplificação ou a supressão de idéias lá desenvolvidas pelo autor, cuja produção acadêmica – lembre-se – é bastante significativa.

³⁸Veja-se a passagem de seu livro (tradução livre): “*Toda sociedade, toda subcultura de uma sociedade, do passado ou do presente, teve um código moral, mas um código desenhado por exigências da vida nessa sociedade... Até o ponto em que o código se adapta a essas exigências, ele não pode ser criticado de maneira convincente por pessoas que não integrem essa sociedade*”. Posner fornece exemplos polêmicos: “*Infanticídio é abominado na nossa sociedade, mas rotina naquelas que não têm condições de alimentar todos os recém-nascidos. Escravidão era rotina quando os vencedores de uma guerra não podiam alimentar ou libertar os capturados; então, a escravidão era uma alternativa à morte dos capturados*”. É possível afirmar que infanticídio e escravidão são errados nessas circunstâncias? – indaga Posner. Responde ele: “*Na verdade, nossas crenças modernas a respeito de crueldade e de desigualdade são contingentes, ao invés de serem emanções de uma lei moral universal*” (pp. 19/20).

acessível à inteligência humana através razão³⁹. Sua concepção de relativismo moral é de caráter adaptativo, na qual a moralidade é julgada com base na sua contribuição para a sobrevivência ou outro objetivo essencial de uma sociedade ou um grupo. Para ele, de um lado, a teorização moral não seria capaz de chegar a “morais universais” utilizáveis na realização de julgamentos morais e não poderia nos tornar pessoas melhores no desempenho de nossos papéis públicos ou privados. De outro lado, ainda que tais morais universais existissem, elas seriam inúteis para um debate moral, a não ser que fosse possível determinar o que são – e não poder determinar o que são significa o mesmo que não existirem. Excluem-se assim os princípios rudimentares de cooperação social que seriam comuns a todas as sociedades humanas, mas excessivamente abstratos para desempenhar algum papel relevante na realização de julgamentos morais (ex.: não minta o tempo todo), bem como aqueles fenômenos que, embora exteriorizados em linguagem objetiva e universal, estão ligados a sentimentos ou emoções (ira, culpa, compaixão, etc.)⁴⁰. Para Richard Posner, a aceitabilidade de um princípio moral é inversa à sua aptidão para solucionar um problema concreto.

Já o chamado “moralismo acadêmico”, que vem a ser a teorização sobre ética aplicada, pouco teria a oferecer à sociedade. Conhecer o dever moral, o imperativo categórico, não serve de motivo e não incentiva o comportamento humano, que seria orientado por interesses pessoais ou intuições morais. Ademais, os acadêmicos não teriam a aptidão retórica e o conhecimento factual necessário para persuadir as pessoas. Pior que isso: haveria tanta discordância entre os acadêmicos que seus leitores poderiam facilmente encontrar racionalizações persuasivas para quaisquer outros cursos de ação que preferirem. Daí que o ensino de filosofia moral possibilitaria ao acadêmico e ao estudante construir suas próprias concepções nas quais se estabeleceriam poucas restrições a seus comportamentos preferidos e se racionalizariam as violações de moralidade convencional. Na realidade, a mudança de um código moral de uma sociedade depende da atuação daqueles que Richard Posner chama de “empresários morais”, tais como Martin Luther King Jr. e Jesus Cristo. Empresários morais bem-sucedidos enxergam uma discrepância entre o código moral vigente e o ambiente de mudança social, convencendo a sociedade a adotar um novo código com apelo a sentimentos que ultrapassam a faculdade de razão humana. Os moralistas acadêmicos não teriam essa aptidão.

Essa é uma das razões pelas quais Richard Posner declara ser cético à moral e pragmático, no sentido de buscar no conhecimento aquilo que ajude a sociedade a prever, compreender e, até certo ponto, controlar o ambiente físico e social. É bem verdade que sua crítica ao moralismo acadêmico não deve ser vista como uma crítica global a toda e qualquer teoria. Richard Posner não quer ser acusado

³⁹É importante lembrar que John Rawls posteriormente baseou afastar as críticas que taxaram sua teoria da justiça de metafísica. Veja-se a esse propósito: RAWLS, John. *Justice as Fairness: political not metaphysical*. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3 (Summer, 1985), pp. 223-251, p. 230 (tradução livre): “Portanto, a função da ‘justiça como equidade’, vista como uma concepção política, é prática e não metafísica ou epistemológica. Isto é, ela não se apresenta como uma concepção de justiça que seja verdadeira, mas uma que pode servir de base para consensos políticos informados e desejados entre cidadãos que se vêem como livres e iguais”.

⁴⁰Posner sustenta que muitos dos chamados princípios morais podem ser explicados sem referências às categorias morais. “Isso sugere que a teoria moral não tem um domínio tão amplo e que seu discurso pode ser uma grande mistificação enraizada no desejo de nos sentirmos bem a nosso próprio respeito – sentir que somos mais do que macacos com cérebro grande, que somos especiais o suficiente para que Deus queira ser nosso amigo” (tradução livre – ob. cit. p. 30).

de cientificista e reconhece, por exemplo, o significado teórico da crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico. Entretanto, sustenta que as mais bem-sucedidas teorias são científicas, especialmente nas áreas das ciências naturais, em que as teorias podem ser testadas pela comparação das previsões formuladas e os resultados observados. É também por isso que refuta aqueles que sustentam que princípios morais são tão objetivos quanto os princípios científicos: ao rebaixar a ciência à moralidade e argumentar que até mesmo os objetos físicos são construções mentais, eles podem ser bem-sucedidos na equiparação entre ciência e moralidade no nível semântico, mas deixam intoxicada a vasta diferença prática que há entre elas.

Quanto à busca de respostas para questões morais contemporâneas em textos de autores clássicos, Richard Posner se mostra ainda mais cético. Invocar Aristóteles, Platão, São Tomás de Aquino, Hegel, Kant, Stuart Mill, etc. para debater problemas sociais contemporâneos seria quase tão inútil quanto invocar a Bíblia, porque suas obras são produtos de diferentes sociedades ao longo de quase dois mil e quinhentos anos. Quando combinados e invocados para iluminar questões do presente eles perdem toda a referência que tinham com as particularidades da sociedade na qual foram produzidos. Isso significa que eles devem passar por uma severa assepsia que separe o essencial do acidental, mas essa, segundo Richard Posner, é uma tarefa interpretativa mais ambiciosa e incerta do que compreender o que os filósofos clássicos disseram.

E se o moralismo acadêmico nada tem a contribuir com a promoção de finalidades essenciais da sociedade, é de se indagar o que garante a persistência desse tipo de debate. Dirá Richard Posner que “filosofia é o campo da especulação residual e vem perdendo espaço para os campos de conhecimento especializado”⁴¹. A ampliação do escopo de abrangência e sofisticação das ciências naturais e sociais resultou na intensa compressão do espaço dentro do qual um filósofo pode instalar um debate interessante sobre uma questão específica. Mas a existência desse campo pode ser explicada por duas razões: (1) a repulsa contra o positivismo que eclodiu no pós-guerra, em virtude do holocausto; e (2) a criação de uma espécie de solidariedade acadêmica entre aqueles que estão convencidos da correção de seus mentores; algo como assegurar que alguém não seja o único a sustentar determinada visão.

Embora a moralidade pareça merecer uma especial atenção por parte da teoria do direito por conta da sobreposição parcial havida entre deveres morais e jurídicos⁴², as observações acima tornam intuitiva a idéia de que debates sobre moralidade, notadamente de cunho normativo, pouco teriam a agregar ao direito. O direito – afirma Richard Posner – frequentemente emprega termos, expressões, que remetem ao vocabulário moral por conta de sua origem, para causar impacto, para se expressar em linguagem com que os leigos se identificam, e também por conta de uma parcial sobreposição entre esses sistemas de ordenação social. No entanto, essa linguagem que parece remeter a interpretação e aplicação do direito ao exame da filosofia moral deve ser encarada sem vinculações estritas a tal ou qual doutrina filosófica, mas sim no sentido pragmático. E pragmático não é sinônimo de “moral” ou “utilitarista”, mas diz com a aceitação de que a única base razoável para a existência de uma norma jurídica é a sua vantagem social. Alinhar-se a essa visão enseja a avaliação de custos e benefícios, fatos e conseqüências.

⁴¹POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1999, p. 85.

⁴²REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, 24ª edição, 2ª tiragem, p. 42.

Essa breve apresentação evidencia as diferenças entre o pensamento de John Rawls e Richard Posner. A partir de então, torna-se possível avançar para a parte final deste tópico: apresentar a concepção de justiça como eficiência como formulada por Richard Posner.

3.3.2 A concepção de justiça de Richard A. Posner

Antecipou-se na introdução deste tópico 3 que Richard Posner sustenta uma concepção de justiça como eficiência. Justo será o ato ou instituição que maximizar a riqueza da sociedade, o que se afere pelo aumento do poder de compra das pessoas. Em *The Economics of Justice*, Richard Posner se ocupa da missão de apresentar uma legitimação que justifique a movimentação do aparato institucional de coerção do Direito em nome da eficiência. Busca responder a seguinte pergunta: por que o Direito deve usar seu aparato institucional de coerção para promover a eficiência? Richard Posner, indo além da chamada análise econômica positiva⁴³, estabelece um dever-ser para as instituições jurídicas: adota-se a eficiência como referencial normativo de transformação. A justificação para sua teoria é, segundo afirma, de base kantiana e está ligada à noção de autonomia individual e capacidade de consentimento. Essa concepção permitiria uma reconciliação entre utilidade, liberdade e até igualdade como princípios éticos que competem entre si⁴⁴. Em suma, no capítulo 4 do livro *The Economics of Justice*, Richard Posner busca o fundamento ético e político da maximização da riqueza trabalhando diretamente com três concepções diferentes de eficiência⁴⁵: a eficiência de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks (às vezes chamada de Superioridade Potencial de Pareto), e a eficiência como maximização da riqueza.

Todo campo do conhecimento tem uma linguagem própria com a qual o indivíduo deve se familiarizar para que possa com ele interagir. A economia e a chamada análise econômica do direito não escapam dessa constatação. Portanto, é preciso compreender essa nova linguagem antes de se avançar na concepção de justiça propriamente dita. Trabalhar com essas noções de eficiência sempre envolverá a análise de alocações de recursos. No caso da eficiência de Pareto, uma alocação de recursos será considerada eficiente se pelo menos uma pessoa tiver sua condição melhorada e se ninguém tiver sua condição piorada. A partir dessa definição, surgem as seguintes distinções:

1. Superioridade de Pareto: um estado de coisas *EC* é Pareto-Superior em relação ao estado *A* se e somente se ninguém prefere *A* a *EC* e ao menos uma pessoa prefira *EC* a *A*.
2. A noção de Ótimo de Pareto é definida com relação à Superioridade de Pareto. Um estado de coisas *EC* é Pareto-Ótimo caso não haja outro estado de coisas *EC_n* que seja Pareto-Superior com relação a ele.

⁴³Sobre a distinção entre os campos da análise econômica do Direito (heurística, descritiva [ou positiva] e normativa), ver, por exemplo: POSNER, Richard A. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*. Ratio Juris. Vol. 17, No. 1, March 2004 (66–79). Ver também: KORNHAUSER, Lewis A. Economic rationality in the analysis of legal rules and institutions. in: GOLDING, Martin P. and EDMUNDSON, William A. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Blackwell Publishing Ltd., 2006, pp. 67/80; e HANSON, Jon D. and HART, Melissa R. in PATTERSON, Dennis. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Blackwell Publishing Ltd., 2008, pp. 311/331.

⁴⁴POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 115.

⁴⁵Uma interessante sistematização teórica do princípio da eficiência pode ser encontrada em ZHOU, Qi. *The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=870748> – Acesso em outubro/novembro de 2008.

A noção de eficiência de Kaldor-Hicks dispensa o requisito paretiano de que nenhuma pessoa tenha sua condição piorada por uma mudança na alocação de recursos. Requer apenas que o ganho daqueles que tiverem sua condição melhorada seja grande o suficiente para que as perdas possam ser compensadas (não requer que sejam compensadas de fato) e ainda haja ganho de sobra. Por isso esse critério é chamado de Superioridade Potencial de Pareto.

Por fim, a noção de eficiência como maximização da riqueza é aquela segundo a qual uma mudança na alocação de recursos será eficiente se importar no aumento da riqueza social. Riqueza é o valor em moeda ou seu equivalente em relação a qualquer coisa na sociedade e é medida pelo que as pessoas se dispõem a pagar por alguma coisa ou pelo que as pessoas se dispõem a receber em troca. Maximização da riqueza ordena estados sociais em termos de moeda e não utilidades. Moeda está sujeita a comparações objetivas, ao contrário da utilidade esperada ou felicidade.

São essas as três noções fundamentais de eficiência com as quais Richard Posner trabalha. E é a partir dessa linguagem que ele parte para desenvolver sua concepção de justiça. Ambas as noções de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks são por ele reputadas insuficientes para constitui-la. Jules L. Coleman⁴⁶, da Universidade de Yale, esclarece que os rankings de Pareto foram introduzidos na literatura utilitarista no início do século passado para resolver o chamado problema de comparabilidade interpessoal. Eles permitem que alguém compare estados sociais sem realizar comparações de utilidade interpessoal. Por exemplo, se *EC* é Pareto-Superior a *A*, porque ao menos o bem-estar ou utilidade de uma pessoa foi melhorado e o de ninguém foi piorado, uma mudança de *A* para *EC* aumenta a utilidade geral. Não é necessário fazer comparações de utilidade interpessoal, como seria necessário se a mudança de *A* para *EC* criasse vencedores e perdedores.

Richard Posner⁴⁷ minimiza o viés utilitarista que normalmente é associado a essa concepção, buscando fundamento operacional na concepção kantiana de autonomia individual expressada na capacidade de consentimento. Richard Posner desenvolve o seguinte raciocínio⁴⁸: estados de coisas que são Pareto-Superior não pioram a condição de ninguém e melhoram a condição de pelo menos uma pessoa. Por isso ninguém poderia objetar à sua adoção. Qualquer um consentiria com essa mudança. Estados de coisas que são Pareto-Ótimo não encontram outros estados de coisas que sejam Pareto-Superior. Qualquer mudança a partir de um estado Pareto-Ótimo piorará a condição de alguém, e, portanto, nem todo mundo irá consentir. Pessoas consentirão com estados Pareto-Superior e nunca consentirão à unanimidade com mudanças de estados de coisas que sejam Pareto-Ótimo. Logo, os rankings de Pareto refletem um compromisso com o consenso e a autonomia, não com a utilidade. É necessário distinguir a história dos rankings de Pareto dos princípios de moralidade que eles realmente expressam. A história é utilitarista; a justificação é kantiana.

No entanto, o próprio Richard Posner reconhece que a eficiência de Pareto seria aparente e não real, pois é impossível mensurar diretamente a utilidade gerada. Daí que normalmente a única maneira de demonstrar a eficiência de Pareto na

⁴⁶Boa parte dos argumentos articulados adiante foram extraídos de COLEMAN, Jules L. *The grounds of welfare*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 43. 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=388460> – Acesso em outubro/novembro de 2008. Uma abordagem crítica acerca dos princípios de eficiência pode ser encontrada em COLEMAN, Jules L. *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*. 8 Hofstra Law Review, 1980, pp. 509-551..

⁴⁷POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, pp. 89 e ss.

⁴⁸Mais uma vez se reporta o leitor ao texto de Jules L. Coleman, citado na nota de rodapé nº 45.

mudança na alocação de recursos é comprovar que todos os afetados pela mudança com ela consentiram. E o problema é que também as transações consensuais normalmente geram efeitos para terceiros que com elas não consentiram. Essa observação evidenciaria um rompimento do elo entre eficiência de Pareto e consentimento. Richard Posner formula o exemplo da mudança de uma fábrica da cidade A para a cidade B, em que, a despeito de não gerar danos ligados ao meio ambiente, ao tráfego viário, etc., ainda assim os imóveis de A podem vir a ser desvalorizados no caso da mudança. A incapacidade de a eficiência de Pareto lidar com os efeitos causados a terceiros no âmbito das transações mostra que, na realidade, dificilmente essa noção de eficiência encontraria suporte empírico. Portanto, ela é reputada insatisfatória para formar a concepção de justiça.

Adiante, é necessário avaliar a noção de eficiência de Kaldor-Hicks, que também é alvo de críticas – até mesmo por economistas, segundo Richard Posner⁴⁹ – por duas razões. Primeiro, porque não assegura que a utilidade será efetivamente maximizada. Segundo, porque não há uma técnica perfeita para medir utilidade para as pessoas. A esse respeito, duas teorias tentam cuidar do problema da mensuração da utilidade: a cardinal e a ordinal⁵⁰.

A primeira sustenta que a utilidade para uma pessoa deve ser mensurada com base no tamanho da utilidade proporcionada por um bem. Considerando que a satisfação de uma pessoa é diferente ao consumir dois bens, para julgar quais bens trazem maior satisfação é necessário primeiro saber quanta utilidade a pessoa pode obter ao consumir cada um desses bens. Por exemplo, se uma pessoa pudesse obter o mesmo nível de satisfação ao consumir uma garrafa de vinho e duas garrafas de cerveja, essa teoria concluiria que a pessoa pode obter o dobro de utilidade ao consumir a garrafa de vinho ao invés de uma garrafa de cerveja.

A segunda sustenta que a utilidade não pode ser mensurada em tamanho, mas somente até transformações invariáveis (na linguagem matemática: se dois conjuntos de medidas resultam na mesma ordenação das unidades, então os dois conjuntos são transformações invariáveis do outro). Essa teoria parte do pressuposto de que a utilidade é transitiva, ou seja, envolve uma relação entre três elementos na qual se há uma relação entre o primeiro e segundo elementos e entre o segundo e o terceiro elementos, necessariamente haverá uma relação entre o primeiro e o terceiro elementos. Exemplo: se uma pessoa prefere o bem A ao bem B, e prefere o B ao C, necessariamente ela prefere o bem A ao C. Daí é possível criar um índice de preferências a partir das escolhas feitas pela pessoa.

Ambas as teorias de mensuração da utilidade são criticáveis. Se fosse adotada a teoria cardinal, a eficiência de Kaldor-Hicks esbarraria na dificuldade da comparação de utilidade interpessoal. Como utilidade é definida como satisfação (ou seja, uma noção bastante subjetiva), o padrão para medir a satisfação de uma pessoa não poderia ser adotado por outros. Não há parâmetro universal para medir utilidade. Se fosse adotada a teoria ordinal, a eficiência de Kaldor-Hicks padeceria de uma inconsistência lógica na qual duas regras jurídicas seriam reciprocamente eficientes, circunstância que conduziria a um círculo lógico: o chamado paradoxo de Scitovsky.

As dificuldades relacionadas à eficiência de Kaldor-Hicks fazem com

⁴⁹Ob. cit., p. 91.

⁵⁰ZHOU, Qi. *The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=870748> – Acesso em outubro/novembro de 2008, p. 04/06.

que Richard Posner também a rejeite. Daí porque adota a noção de eficiência como maximização da riqueza, cuja formulação conceitual já foi analisada acima⁵¹. Justiça é eficiência, e eficiência é maximização da riqueza. Resta agora oferecer uma justificativa que legitime a movimentação do aparato institucional de coerção do Direito em prol da maximização da riqueza. Há três elementos centrais que operam de maneira ponderada na legitimação específica dessa concepção de justiça: consentimento, utilidade e igualdade⁵².

O primeiro elemento (consentimento) tem origem na concepção kantiana de tratar os seres humanos como fins e não como meios, na noção de autonomia que se expressa na capacidade de o indivíduo tomar suas próprias decisões e seguir os cursos de ação que prefira. Em suma: capacidade de consentimento. A noção de consentimento na eficiência como maximização da riqueza se apóia na idéia de compensação *ex ante*. Richard Posner argumenta que muitas das perdas involuntárias experimentadas no mercado são inteiramente compensadas *ex ante* e que, por isso, são consentidas. Por exemplo: um apostador da mega-sena não pode se sentir injustiçado caso não seja sagrado vencedor, pois consentiu *ex ante* com a perda. No âmbito das instituições não ligadas ao mercado este primeiro elemento também está presente. Richard Posner sugere como exemplo a decisão sobre qual deve ser o sistema de responsabilidade civil no caso de acidentes automobilísticos: a responsabilidade subjetiva ou objetiva? Partindo do pressuposto de que todos os motoristas são iguais (mesma idade, experiência, etc.), todos pagarão a mesma faixa de prêmios dos seguros. A diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva será que com relação àquela os seguros de responsabilidade civil serão mais baratos e os seguros de dano serão mais caros. No caso de responsabilidade objetiva ocorrerá o inverso: os seguros de responsabilidade civil serão mais caros, ao passo que os seguros de dano serão mais baratos. Richard Posner afirma que o sistema de responsabilidade subjetiva é mais eficiente, porque a soma dos prêmios dos seguros de responsabilidade civil e dos seguros de dano será menor. E todos preferirão isso porque as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais e agem para maximizar suas satisfações⁵³.

O segundo elemento (utilidade) representa uma verdadeira contrabalança ao primeiro elemento. Segundo Richard Posner, “*uma adesão à ética da autonomia privada, interpretada e aplicada sem preocupação com as conseqüências do bem-estar humano, resultaria em grande miséria*”⁵⁴. Essa assertiva mostra a coerência do autor com sua postura pragmatista⁵⁵, no sentido exposto acima no item 3.3.1. Dirá Richard Posner: “*Maximização da riqueza como norma ética dá peso à utilidade,*

⁵¹Devo salientar que os aspectos da teoria de Richard Posner que a seguir serão detalhados também foram alvo de críticas, algumas até mesmo por ele apontadas e superadas. No entanto, por limitações de espaço, deixo de abordá-las

⁵²Em seu livro, Richard Posner não trata do tema da maneira aqui apresentada. A opção de dividir a apresentação em três elementos se deu por razões didáticas, de modo a melhor sistematizar o pensamento do autor.

⁵³Veja-se: POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*. in Chicago Lectures on Law and Economics 189, Eric A. Posner, ed. (2000). Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> – Acesso em outubro/novembro de 2008.

⁵⁴POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 98.

⁵⁵Por exemplo, no campo da teoria da aplicação judicial do direito, Richard Posner lançou em 2008 um livro que tenta abordar as diferentes explicações possíveis a respeito de como pensam os juizes e como se comportam. Obviamente, o autor se inclina para o chamado pragmatismo jurídico, expressão que diz com a aplicação do Direito baseada em “*conseqüências, ao invés de deduções a partir de premissas na forma de silogismos*”. Ver: POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 40.

embora menos leve do que os utilitaristas dão, e ao consenso, embora talvez menos pesado do que Kant teria dado”⁵⁶.

Por fim, o terceiro elemento (igualdade) integra a noção de maximização da riqueza, mas está ligado ao primeiro elemento. A igualdade se manifesta pela neutralidade distributiva – que se pode presumir consentida por todos – e é alcançada mediante a rejeição de efeitos distributivos sistêmicos na concepção de justiça. Nem os juízes nem os grupos de interesses deveriam promover (ou tentar promover) redistribuição de riquezas, mas apenas se ocupar de maximizar a riqueza social. “Ao fazê-lo, eles aumentarão a riqueza da sociedade, riqueza da qual tirarão uma parcela”⁵⁷. Efeitos distributivos decorrerão naturalmente dessa maximização da riqueza social pela via do próprio processo governamental. E mesmo no cenário da teoria dos grupos de interesse⁵⁸ a neutralidade da maximização da riqueza operaria para reduzir oposições em potencial, bem como apoio.

Ponderados esses três elementos, seria possível, segundo Richard Posner, sustentar uma concepção de justiça como eficiência que promoveria uma reconciliação entre liberdade, utilidade e até igualdade como princípios éticos que competem entre si. Sua concepção de justiça seria marcadamente teleológica – em oposição ao deontologismo de John Rawls⁵⁹ – e estaria justificada pelo consentimento expresso ou implícito que as pessoas manifestariam a respeito das instituições ligadas ou não ao mercado, pela sua concessão à utilidade, garantindo abertura para a avaliação das conseqüências decorrentes de sua adoção, e pela igualdade, caracterizada pela neutralidade distributiva.

4. Síntese conclusiva

Pretendeu-se neste artigo apresentar resumidamente as principais críticas da vertente econômica à teoria da justiça de John Rawls. Viu-se, de um lado, que os economistas centraram suas críticas no perfil dado por John Rawls à posição original – debate central para definir os princípios de justiça que seriam escolhidos. De outro lado, Richard A. Posner, teórico da análise econômica do direito, valendo-se pontualmente de algumas críticas feitas pelos economistas, tentou formular sua própria concepção de justiça em oposição à de John Rawls.

Richard A. Musgrave criticou o fato de John Rawls ter estabelecido um elo entre a teoria da justiça e a teoria da decisão racional, mas não ter sido capaz de resolver o problema de otimização de decisões em um contexto de incerteza e riscos. Nesse sentido, a teoria de John Rawls não seria mais que uma tentativa racionalização de preferências pessoais ligadas a uma ideologia de corte igualitário.

Em seguida, John C. Harsanyi critica a própria racionalidade das partes na posição original. Em síntese, há dois principais grupos de argumentos formulados: (1) a adoção da regra *maximin* conduziria a decisões muito irracionais no dia-a-dia e também levaria à escolha de princípios de justiça inadequados, porque se atribui peso

⁵⁶POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 98.

⁵⁷Idem, p. 105.

⁵⁸Teoria segundo a qual o processo governamental é centrado na redistribuição de bens sujeita à lei da oferta e da demanda. Essa distribuição seria disputada por grupos de interesse que não se importam com considerações éticas. Normalmente, a distribuição é conquistada por pequenos grupos de interesse bem arranjados, superando os grupos maiores e difusos.

⁵⁹RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jus-sara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 3ª edição, pág. 36. Nessa passagem, John Rawls esclarece que sua postura deontológica significa apenas afastar-se do teleologismo típico do utilitarismo (um ato será considerado justo se... [maximizar a felicidade, maximizar a utilidade, etc.]). Mas John Rawls deixa claro que o deontologismo não exclui a avaliação de conseqüências.

muito grande à probabilidade de ocorrência de um fato, a despeito do quão improvável seja ocorrência (vir a morrer num acidente de avião ou vir a ser a pessoa menos afortunada na sociedade); (2) rejeitada a regra *maximin*, as partes deveriam adotar a maximização da utilidade esperada como regra de decisão em situações de incerteza, o que significa que os arranjos institucionais escolhidos seriam aqueles que trouxessem a maior utilidade média aos membros da sociedade. Sua postura teórica se alinha à teoria moral utilitarista. A partir dessas críticas, John Harsanyi sustenta, na linha da teoria bayesiana de decisão racional, que o princípio de justiça eleito seria o princípio da utilidade média.

Por fim, Richard A. Posner sustenta uma concepção de justiça como eficiência que promoveria uma reconciliação entre liberdade, utilidade e até igualdade como princípios éticos que competem entre si. De acordo com essa concepção, justo seria aquele ato ou instituição que maximizasse a riqueza da sociedade. Essa concepção de justiça teria a virtude de superar o problema da comparabilidade interpessoal existente no princípio da eficiência de Kaldor-Hicks, bem como superar a dificuldade prática de adotar o princípio da eficiência de Pareto, cuja formulação teórica dificilmente encontraria respaldo empírico.

Concluindo, na visão dos autores aqui apresentados, a teoria da justiça de John Rawls não teria a força justificativa pretendida por seu autor. As críticas formuladas pela vertente econômica se direcionaram a elementos centrais da teoria, notadamente à posição original e à racionalidade das partes, buscando sua desestruturação teórica. Mas não se pode afirmar que esses autores advogam práticas, condutas, cursos de ação odiosos aos olhos da moralidade predominante da sociedade, razão pela qual o preconceito sugerido na introdução não tem razão de ser. Nesse sentido, a crítica da vertente econômica exerce importante papel dialético, na medida em que submete ao teste da razão os argumentos que sustentaram (e ainda sustentam) o magnífico edifício teórico⁶⁰ construído por John Rawls.

Referências

BARBER, Benjamin R. *Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls*, in: DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls' A Theory of Justice*. New York: Basic Books, s.d.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicossociais2008/indic_sociais2008.pdf – Acesso em 13/02/2009.

COLEMAN, Jules L. *The grounds of welfare*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 43. 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=388460> – Acesso em outubro/novembro de 2008.

_____. *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*. 8 Hofstra Law Review, 1980, pp. 509-551.

DAVIS, Morton D. *Game theory: a nontechnical introduction*, with foreword by Oskar Morgenstern. New York: Dover Publications, Inc.

FROHLICH, Norman; OPPENHEIMER, Joe A.; EAVEY, Cheryl L. *Choices of principles of distributive justice in experimental groups*. American Journal of Political Science, Vol. 31, No. 3 (Aug. 1987), pp. 606-636.

⁶⁰A expressão é de ninguém menos que Richard A. Musgrave: ob. cit., p. 625.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008

HANSON, Jon D. and HART, Melissa R. in PATTERSON, Dennis. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Blackwell Publishing Ltd., 2008.

HARSANYI, John C. *Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's Theory*. The American Political Science Review, Vol. 69, No. 2 (Jun., 1975), pp. 594-606.

HOLTON, Glyn A. *Defining Risk*. Financial Analysts Journal, 60 (6), 19-25, 2004, disponível em <http://www.riskexpertise.com/papers/risk.pdf> – Acesso em 15/02/2009.

KORNHAUSER, Lewis A. *Economic rationality in the analysis of legal rules and institutions*. in: GOLDING, Martin P. and EDMUNDSON, William A. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Blackwell Publishing Ltd., 2006.

MUSGRAVE, Richard A. *Maximin, uncertainty, and the leisure trade-off*. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 88, No. 4 (Nov., 1974), pp. 625-632.

POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

_____. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1999.

_____. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*. in Chicago Lectures on Law and Economics 189, Eric A. Posner, ed. (2000). Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

_____. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*. Ratio Juris. Vol. 17 No. 1 March 2004 (66-79).

_____. *How Judges Think*. Harvard University Press, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 3ª edição.

_____. *Some Reasons for the Maximin Criterion*. The American Economic Review, Vol. 64, No. 2, Papers and Proceedings of the Eighty Sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1974), pp. 141-146.

_____. *Justice as Fairness: political not metaphysical*. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3 (Summer, 1985), pp. 223-251, p. 230

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, 24ª edição, 2ª tiragem.

RICH, William J. and BURRESS, David. *Economic Analysis and Distributive Justice*. Research in Law and Economics. v. 18, 1997.

ZHOU, Qi. *The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=870748> – Acesso em outubro/novembro de 2008.

HABILITAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO NA FALÊNCIA: EFICIÊNCIA NA ARRECAÇÃO E EFETIVIDADE PROCESSUAL

RAFAEL GAIA EDDAIS PEPE

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. Prerrogativas do crédito público, dever de eficiência na arrecadação, efetividade processual e razoável duração do processo; 3. Execução de crédito público em face do falido – proposta de reaproximação; 4. Conclusão

1. Introdução

A insolvência consiste, por definição, na insuficiência do patrimônio de alguém para satisfazer a totalidade das dívidas contraídas. Eis a clara dicção do Art. 748, do Código de Processo Civil:

Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

É intuitivo que tal situação incute nos respectivos credores o temor de serem frustradas as suas expectativas de pagamento, desembocando em uma procura desenfreada por bens do insolvente.

Com o escopo de assegurar a isonomia entre os credores, evitando que penhoras desordenadas culminem na prevalência daqueles que gozam de posição econômica mais favorável, o legislador fixou dois regimes distintos de execução coletiva contra devedores insolventes. O critério para tal diferenciação reside na natureza do devedor: se empresário, consoante a definição lançada no Art. 966, *caput*, do Código Civil, aplicar-se-á a Lei nº 11.101/05, norteadora da “falência”; caso contrário, incidirão os Artigos 748 e seguintes, do CPC, regedores da “insolvência civil”.

Seguindo os passos traçados em qualquer dos diplomas acima, cada um dos credores procederá à habilitação do seu crédito, obedecendo-se à ordem concursal.

O objetivo do presente estudo não é esmiuçar cada um dos regimes mencionados. Pretende-se, aqui, suscitar o debate acerca do comportamento pertinente a uma espécie singular de credor, a Fazenda Pública, ao tomar ciência da falência de pessoa que figura como ré em determinada execução fiscal.

Para tanto, são imprescindíveis algumas considerações iniciais.