

**ANDRE BUENO
DA SILVEIRA**

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E TEORIA DOS JOGOS

**Consequencialismo
nas decisões judiciais
e a nova interpretação
das consequências**

2ª edição
Revista e atualizada

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



Fundação Professor
VALLE FERREIRA
Faculdade de Direito -
UFMG

de pensamento perdeu força nos anos 1960, período de surgimento de outros movimentos jurídicos nos EUA, como a análise econômica do direito. Assim, o objetivo deste capítulo é contextualizar historicamente o *Law and Economics* no âmbito da teoria do direito norte-americana.

No Capítulo 3, promove-se um estudo do contexto histórico e intelectual da Universidade de Chicago, berço da análise econômica do direito. O objetivo deste capítulo é demonstrar como a obra de Richard Posner foi um importante passo em relação ao trabalho desenvolvido, tanto na faculdade de direito quanto no departamento de economia da Universidade de Chicago, por nomes como Aaron Director, Ronald Coase e Gary Becker. São apresentados dois dos conceitos fundamentais da análise econômica do direito: os custos de transação e os incentivos. Este capítulo completa a explicação de como e por que surgiu a análise econômica do direito.

No Capítulo 4, faz-se um estudo da análise econômica do direito em sua corrente majoritária (Escola de Chicago), com base na obra de seu maior representante: Richard Posner. A proposta deste capítulo é organizar o que poderia ser chamada de uma “parte geral” da análise econômica do direito, isto é, o conjunto articulado de conceitos básicos e gerais do *Law and Economics*, aplicáveis aos diversos ramos do direito. Neste capítulo também é feita uma apresentação da teoria dos jogos aplicada ao direito, com abordagem de diversos jogos, como o dilema dos prisioneiros, a tragédia dos comuns, e de conceitos como equilíbrio de Nash e ponto de Schelling. Este capítulo inclui, ademais, a tentativa de Posner de formulação de uma teoria ética normativa, baseada no critério da maximização da riqueza. Ainda que esta teoria tenha sido abandonada por Posner posteriormente, toda uma série de críticas à análise econômica do direito foi direcionada a esta pequena parte da obra de Posner. Desta forma, esta teoria precisa ser considerada neste trabalho.

No Capítulo 5, são consideradas as críticas ao pensamento de Richard Posner e as transformações decorrentes destas críticas. A primeira parte do capítulo analisa as críticas ao critério da maximização da riqueza, com destaque para o grande antagonista teórico de Posner: Ronald Dworkin. Demonstra-se, então, como Posner abandonou o critério da maximização da riqueza e passou a defender uma modalidade de pragmatismo jurídico com características bem originais. Mas mesmo esta nova teoria não deixou de ser objeto de críticas, principalmente em razão de inconsistências teóricas remanescentes. Na segunda parte do capítulo é apresentado outro ramo da análise econômica do direito que também promoveu grandes críticas à obra

de Posner: o Direito e Economia Comportamental. Este movimento também levou a algumas transformações, embora mais restritas, na obra de Posner.

O Capítulo 6 traz a tese formulada neste trabalho, de que os instrumentos da análise econômica do direito elaborada por Richard Posner modernizam a maneira como se analisam as consequências no momento da interpretação jurídica. A parte inicial do capítulo retoma e organiza as críticas ao formalismo em quatro pontos: rejeitar a existência de duas ou mais interpretações jurídicas válidas para uma mesma questão, desconsiderar a influência de preferências pessoais do intérprete no momento da interpretação, ignorar a existência de custos de transação e não incluir o plano da efetividade. Na segunda parte deste capítulo, são sintetizadas as questões essenciais deste trabalho: quais consequências devem ser levadas em consideração no momento da interpretação, o momento e o modo como elas devem ser consideradas e avaliadas. É também nesta parte que se promove uma análise econômica de alguns aspectos do direito penal brasileiro para demonstração da aplicabilidade das teses defendidas neste trabalho.

No final, a proposta deste trabalho é apresentar um aparato teórico que possa ajudar os juízes e demais operadores do direito a lidar com as consequências no momento da interpretação jurídica. As vantagens e os limites da análise econômica do direito fornecem um universo teórico muito rico e ainda pouco explorado no Brasil. Atualmente, não há muitos trabalhos neste país que tentam introduzir as contribuições da análise econômica do direito diretamente na teoria da interpretação. Este desafio revela a originalidade e a contribuição deste trabalho para o estudo do direito no Brasil.

LEVANDO AS CONSEQUÊNCIAS A SÉRIO

1.1 INTRODUÇÃO E NOTA METODOLÓGICA DO CAPÍTULO

O objetivo deste capítulo é apresentar alguns conceitos essenciais do presente trabalho. Neste capítulo, são estudados o consequencialismo e a deontologia, e são apresentados os conceitos básicos do formalismo jurídico e do realismo jurídico. Estes conceitos estarão presentes ao longo de todo o trabalho, retornando ao debate, em vários pontos, com maior ou menor intensidade. Este capítulo também aborda aspectos importantes, como a distinção entre fatos judiciais e fatos legislativos, e a explicação do que são vieses cognitivos e heurísticas.

Conceitualmente, este é o capítulo mais diferente do trabalho. Neste capítulo são feitas imersões mais profundas nos campos da filosofia e da economia comportamental. Na primeira parte do capítulo, o objeto de estudo é o debate entre o consequencialismo e a deontologia. Na segunda parte, utiliza-se a economia comportamental para demonstração das limitações das teorias consequencialistas existentes, atualmente, no campo da interpretação jurídica¹, notadamente, no momento da tomada de decisões judiciais.

1. Sobre o conceito de interpretação jurídica, Carlos Maximiliano: *“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor*

1.2 CONSEQUENCIALISMO E DEONTOLOGIA

O consequencialismo e a deontologia constituem dois polos opostos em um importante debate da filosofia moral contemporânea. Embora sejam teorias já consolidadas e estudadas por grandes autores, como Jeremy Bentham, no tocante ao consequencialismo, e Immanuel Kant, em relação à deontologia, o debate entre as duas teorias permanece vivo nos dias atuais, especialmente em razão de diversas tentativas de conciliação entre elas, que são promovidas por vários filósofos diferentes.

O debate entre o consequencialismo e a deontologia também possui reflexos no âmbito da teoria do direito. Neste caso, os polos opostos são o formalismo jurídico e o realismo jurídico. Estes quatro conceitos (consequencialismo e deontologia; formalismo jurídico e realismo jurídico) possuem pontos de contato, mas não coincidem inteiramente. Por isso, eles devem ser estudados em detalhes e separadamente.

1.2.1 Consequencialismo como teoria ética

O consequencialismo, na sua forma mais pura e simples, é uma teoria ética segundo a qual a conduta certa (correta), em qualquer situação, é aquela que produza o melhor resultado geral (global), julgado a partir de um ponto de vista impessoal, e que confira valor igual aos interesses de todos². O consequencialismo, como o seu próprio nome sugere, é a perspectiva de que as propriedades normativas de um ato dependem apenas das consequências geradas³.

É possível se pensar em uma teoria consequencialista em duas partes⁴:
i) ela fornece um princípio para se classificarem os estados de coisas de

a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...] Interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. [...] Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.” MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 1 e 7.

2. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*. Oxford and New York: Oxford University Press, 1988, p. 1.
3. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2019 Edition, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/consequentialism/]. Acesso em: 17 set 2019.
4. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.

melhor para pior, do ponto de vista impessoal; ii) ela diz que a conduta (ou ato) correta, em qualquer situação, é aquela que produzirá o melhor estado de coisas que o agente esteja em posição de produzir⁵. Podem existir tantas teorias consequencialistas diferentes quanto diferentes critérios para se classificarem os resultados gerais (globais)⁶. Uma coisa que todas as teorias consequencialistas compartilham, entretanto, é um ideal muito simples e atraente: no que diz respeito à moralidade, o que as pessoas devem fazer é minimizar o mal e maximizar o bem, ou seja, as pessoas devem tentar tornar o mundo um lugar melhor (ou o melhor lugar possível)⁷.

O que torna o consequencialismo convincente, segundo Philippa Foot, é o pensamento, bastante simples, de que não pode ser correto se preferir um estado de coisas pior a um melhor⁸. É este pensamento que assombra os filósofos, e que faz do utilitarismo de regras uma resposta insatisfatória ao problema de se conciliar o utilitarismo ao senso moral comum (*opinion*)⁹. Argumenta-se que é irracional a obediência até mesmo à regra mais útil se, em um caso específico, for percebido, claramente, que essa obediência não gerará os melhores resultados¹⁰. É possível questionar se não seria paradoxal se considerar moralmente censurável o ato de agir de maneira a se minimizarem atos moralmente censuráveis da mesma natureza¹¹. Se um estado de coisas ruim é aquele em que um ato moralmente censurável é realizado, então, presumivelmente, é pior um estado de coisas em que vários destes atos (moralmente censuráveis) sejam praticados¹². Com isso, surge a questão: não é irracional se preferir o pior ao melhor estado de coisas?¹³ Não há como negar que esse pensamento seja convincente¹⁴. Porém, este pensamento leva a uma conclusão, aparentemente, inaceitável sobre o que é certo se fazer¹⁵. É preciso indagar se não houve um erro em algum lugar do raciocínio¹⁶. Isso é o que defende Foot, pois, para ela, há um erro em

-
5. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.
 6. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.
 7. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.
 8. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues In *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, vol. 57, n. 2, Nov. 1983, p. 275.
 9. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 10. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 11. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 12. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 13. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 14. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 15. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.
 16. FOOT, PHILIPPA. Utilitarianism and the Virtues, op. cit., p. 275.

se aceitar a ideia de que há situações melhores e piores no sentido que o consequencialismo exige¹⁷.

A ideia de que a essência do consequencialismo é uma tentativa de se tornar, efetivamente (com base nas consequências), o mundo um lugar melhor, é difícil de se opor¹⁸. Considerando somente a alegação de que o bem é moralmente preferível ao mal, incorpora-se o princípio de que se deve maximizar o que é desejável e minimizar o que é indesejável, o que, por sua vez, seria um dos principais elementos da concepção da racionalidade prática¹⁹. Toda pessoa que se opõe ao consequencialismo parece vinculada a uma noção de moralidade que a orienta a fazer menos quantidade de bem, ou impedir menos quantidade de mal, do que estaria em posição de fazer ou impedir²⁰. E isso não é plausível²¹.

Mas o consequencialismo também possui implicações que parecem se opor fortemente a algumas das convicções morais mais firmemente mantidas pelas pessoas, e a disputa entre o consequencialismo e seus adversários diz respeito à resposta apropriada a essa oposição de ideias²². Os consequencialistas, normalmente, argumentam que, apesar das aparências em sentido contrário, os valores morais do senso comum podem, de uma maneira ou de outra, ser conciliados com os princípios consequencialistas, pelo menos até certo ponto²³. E na medida em que tal conciliação seja impossível, a conclusão dos consequencialistas é de que a moralidade do senso comum seria irracional e precisaria de revisão²⁴.

Os não consequencialistas, de outro lado, argumentam, em geral, que o consequencialismo pode, na melhor das hipóteses, ser conciliado não com valores reais, mas apenas com seus simulacros²⁵. Esta corrente de pensamento (não consequencialismo) afirma que, para refletir valores reais, uma visão moral deve incluir os chamados “elementos relativos ao agente” (*agent-relative elements*), que são incompatíveis com o consequencialismo²⁶.

17. FOOT, PHILIPPA. *Utilitarianism and the Virtues*, op. cit., p. 275.

18. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.

19. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.

20. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.

21. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 1.

22. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., pp. 1-2.

23. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

24. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

25. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

26. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

Segundo estes elementos, como os valores reais têm um lugar mais seguro no pensamento e na prática das pessoas do que qualquer outra concepção abstrata de racionalidade moral que entre em conflito com eles, conclui-se que uma visão moral com elementos relativos ao agente possui preferência sobre a visão consequencialista²⁷. Ao longo dos anos, vários aprimoramentos foram oferecidos em relação a cada uma dessas posições, e o debate se tornou cada vez mais sofisticado²⁸. Mas o desacordo básico subjacente permanece substancialmente inalterado²⁹.

A vertente mais importante do consequencialismo é o utilitarismo, cujos proponentes clássicos foram Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick³⁰. Os utilitaristas clássicos defendiam um consequencialismo de atos hedonistas³¹. Pelo consequencialismo de atos, um ato é moralmente correto somente se ele maximizar o bem, ou seja, somente se a quantidade total de bem (benefício) para todos, menos a quantidade total de mal (prejuízo) para todos, for maior que esse resultado líquido (benefício menos prejuízo) em relação a algum outro ato diferente, que possa ser praticado pelo agente nas mesmas circunstâncias³². O hedonismo alega que o prazer é o único bem com valor intrínseco, e que a dor é o único mal com valor intrínseco³³.

Estas alegações são, frequentemente, resumidas no *slogan* de que um ato é correto se ele causar “a maior felicidade do maior número”³⁴. Contudo, esse *slogan* é enganoso³⁵. Um ato pode aumentar a felicidade para a maioria das pessoas, mas, ainda assim, ele pode não conseguir maximizar o “benefício líquido”, se o menor número de pessoas, cuja felicidade não é aumentada, perder muito mais do que os ganhos auferidos pelo maior número de pessoas³⁶. O princípio da utilidade não permitiria esse tipo de sacrifício (do menor número para o maior número de pessoas), a menos que o benefício geral fosse aumentado mais do que qualquer alternativa³⁷.

27. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

28. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

29. SCHEFFLER, Samuel. Introduction In SCHEFFLER, Samuel (ed.). *Consequentialism and its Critics*, op. cit., p. 2.

30. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

31. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

32. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

33. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

34. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

35. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

36. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

37. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

O utilitarismo clássico é consequencialista, e não deontológico, em razão do que ele nega³⁸. Ele nega que a correção moral de um ato dependa diretamente de algo que não sejam as suas consequências³⁹. Considere-se, por exemplo, o caso do agente que tenha prometido no passado praticar um ato no presente⁴⁰. O fato de o agente ter prometido praticar o ato pode afetar indiretamente as consequências dele (do ato), se o descumprimento da promessa deixar outras pessoas infelizes⁴¹. Porém, de acordo com o utilitarismo clássico, o que torna o descumprimento da promessa moralmente errado são os seus efeitos futuros sobre as outras pessoas, e não o fato de o agente simplesmente ter feito a promessa no passado⁴².

O utilitarismo é a vertente mais popular do consequencialismo, entendido como teoria ética, em razão de suas vantagens. O utilitarismo possui um forte e convincente apelo consequencialista e isso, por muito tempo, e, em vários lugares, foi considerado algo muito bom. Segundo J.J.C. Smart, o principal argumento persuasivo em favor do utilitarismo é de que os ditames da ética deontológica levam, em muitos casos, à existência de miséria, que poderia ser evitada pelos princípios utilitaristas⁴³. Ou seja, Smart acusa a ética deontológica de desumanidade, porque, às vezes, ela causa miséria, exclusivamente, para se respeitar uma regra⁴⁴.

Esta objeção persuasiva à deontologia somente é possível porque, segundo Smart, as pessoas pressupõem a verdade da metaética não cognitivista (ou possivelmente subjetivista)⁴⁵. Um cognitivista em metaética poderia resistir a qualquer apelo do coração (contra a geração de miséria ou de um pior estado de coisas), dizendo que, quer se queira ou não, seus princípios deontológicos podem ser vistos como verdadeiros⁴⁶. O fato de que princípios deontológicos, por vezes, entrem em conflito com a felicidade ou com o bem-estar humano, pode parecer uma preocupação mais sentimental do que filosófica⁴⁷. Mas se uma pessoa se despojar da metaética

38. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

39. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

40. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

41. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

42. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*, op. cit.

43. SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics In SMART, J.J.C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For & Against*. New York: Cambridge University Press, 1973, p. 62.

44. SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics, op. cit., p. 62.

45. SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics, op. cit., p. 6.

46. SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics, op. cit., p. 6.

47. SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics, op. cit., p. 6.

cognitivista, então a deontologia pode se tornar, aparentemente, artificial e, talvez, infestada por uma espécie de “adoração a regras”⁴⁸.

Para Smart, o utilitarista pode concordar com o mais violento denunciante de atrocidades realizadas em nome de uma utopia sem que tenha de sacrificar seus princípios utilitaristas⁴⁹. Na verdade, existem as melhores razões para o utilitarismo de atos denunciar atrocidades⁵⁰. Contudo, são somente os fatos empíricos que levam o utilitarista a fazer esta afirmação⁵¹.

O consequencialismo do utilitarismo requer que se verifique se um ato ou procedimento, realmente, faz algum bem identificável ou não⁵². Frequentemente é afirmado que algo (ex. homossexualidade, jogo, dança, bebida, palavrões, etc.) é moralmente errado, sem que seja apontada qualquer consequência ruim que dele se origine⁵³. O consequencialismo é contrário a proibições morais manifestamente arbitrarias⁵⁴. Ele exige que qualquer um que condene algo como moralmente errado mostre quem é prejudicado com o ato, ou seja, que demonstre como a vida de alguém se torna pior⁵⁵.

Da mesma forma, o consequencialismo diz que algo só é moralmente bom se tornar melhor a vida de alguém⁵⁶. Muitas teorias morais, mesmo as motivadas por uma preocupação com o bem-estar humano, parecem consistir em um conjunto de regras a serem seguidas sejam quais forem as consequências⁵⁷. O utilitarismo, porém, não é apenas mais conjunto de regras, mais um conjunto de “faça” ou “não faça”⁵⁸. Ele fornece um teste para se assegurar que tais regras sirvam a uma função útil⁵⁹. O consequencialismo também se conforma a intuições relativas à diferença entre a moralidade e a outras esferas normativas (se se considerar algo inadequado – ex. *punk rock* – sem se apontar quem seja prejudicado por ele, então é possível dizer que a ideia de conduta “adequada” usada não é uma ideia moral), e fornece

48. SMART, J.J.C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, op. cit., p. 6.

49. SMART, J.J.C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, op. cit., p. 64.

50. SMART, J.J.C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, op. cit., p. 64.

51. SMART, J.J.C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, op. cit., p. 64.

52. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13.

53. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

54. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

55. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13. Esta afirmação não deve ser aplicada, sem maior reflexão, a concepções religiosas sobre o que é moralmente certo ou errado.

56. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

57. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

58. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

59. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, op. cit., p. 13.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E TEORIA DOS JOGOS

4.1 INTRODUÇÃO E NOTA METODOLÓGICA DO CAPÍTULO

No capítulo anterior foram estudados dois conceitos fundamentais para a análise econômica do direito. Um dos grandes méritos (talvez o maior) de Richard Posner foi fundir de maneira consistente a teoria do direito de Oliver Wendell Holmes Jr. à teoria da economia fora de mercado (*nonmarket economics*) de Gary Becker e às descobertas de Ronald Coase sobre custos de transação. É neste ponto que se encontra grande parte da força da obra de Posner.

Neste capítulo será estudado como Posner fez isso. Também neste capítulo será feita uma introdução à teoria dos jogos aplicada ao direito. Posner não se ocupou tanto da teoria dos jogos, mas é inegável que esta teoria fortaleceu muito a análise econômica do direito. Isso somente foi possível a partir da utilização do modelo do agente racional. Desse modo, a análise econômica do direito passou a abranger também um outro elemento essencial: as estratégias das pessoas diante dos incentivos criados pelo ordenamento jurídico. Por fim, também faz parte deste capítulo a polêmica teoria da maximização da riqueza de Posner.

A obra de Richard Posner, que é considerada a doutrina majoritária em matéria de análise econômica do direito (*mainstream Law and Economics*), é extensa e mudou bastante ao longo do tempo. Não é incomum que sejam

encontradas críticas ao pensamento de Posner com uma abordagem genérica, mas que, na verdade, referem-se a uma fase determinada de sua obra.

A mudança de posicionamentos é reconhecida pelo próprio autor:

Eu mudei muito minhas opiniões ao longo dos anos. Sou muito menos reacionário do que costumava ser. Eu me opus ao casamento homossexual em meu livro *Sex and Reason*, publicado em 1992, que ainda era a idade das trevas em relação à opinião pública sobre a homossexualidade. A opinião pública mudou radicalmente nos anos seguintes. Minhas opiniões mudaram sobre muitas coisas. Fiquei muito mais preocupado com longas sentenças de prisão; mais suave com drogas; mais preocupado com a proteção do consumidor, o meio ambiente e a desigualdade econômica; menos confiante na análise puramente econômica – a última em parte por causa do *crash* de 2008 e da crise econômica que se seguiu. Isso abalou um pouco da minha fé na análise econômica. E os desenvolvimentos em psicologia exigiram a qualificação do modelo de “escolha racional” do comportamento econômico. Então, minhas opiniões mudaram muito. Você não quer um juiz que assuma uma posição e se sinta vinculado a ela, porque ele acha horrível mudar de ideia.¹

Muitas críticas à obra de Posner tangenciam controvérsias ideológicas. Podem ser citados como exemplos disso, entre outros: i) os debates envolvendo o pensamento do autor sobre a maximização da riqueza entendida como objetivo a ser perseguido pelo direito; ii) as controvérsias entre o pragmatismo jurídico e o formalismo jurídico.

Não é objetivo deste trabalho fazer uma apresentação completa da obra de Richard Posner. O que interessa a este trabalho são as técnicas desenvolvidas por ele para aferição das consequências no momento da interpretação jurídica, notadamente na tomada de decisões judiciais. Trata-se de um ponto específico da obra daquele autor. Contudo, para se compreender este ponto, é necessário que sejam abordados três aspectos da obra de Posner: primeiro, a análise econômica do direito; segundo, a defesa do eficientismo, ou maximização de riqueza, entendida como objetivo a ser perseguido pelo direito; terceiro, o pragmatismo jurídico na visão de Posner.

Tanto o eficientismo quanto o pragmatismo jurídico estão relacionados à análise econômica do direito. O primeiro poderia ser considerado uma

1. COHEN, Joel. An interview with Judge Richard A. Posner In *ABA Journal*, Chicago, 1 Jul 2014. Disponível em: [http://www.abajournal.com/magazine/article/an_interview_with_judge_richard_a_posner/?utm_source=maestro&utm_medium=email&utm_campaign=weekly_email]. Acesso em: 03 jan 2020.

marca da primeira fase do *Law and Economics* de Posner (mais conservadora e ortodoxa), e o segundo, uma característica da fase mais madura (ainda que mais inconsistente do ponto de vista teórico) da obra do referido autor, e que é o momento atual de seu pensamento.

Neste capítulo também é apresentada uma introdução à teoria dos jogos, cuja aplicação ao direito decorre do modelo do agente racional, um dos pressupostos fundamentais da análise econômica do direito. Nesta parte serão apresentados alguns modelos de jogos, como, por exemplo, o dilema dos prisioneiros e a tragédia dos comuns, e serão debatidos alguns conceitos um pouco mais específicos, como o equilíbrio de Nash e o Ponto de Schelling.

4.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A expressão *análise econômica do direito* foi cunhada por Richard Posner². Embora a importância das obras de Ronald Coase e Guido Calabresi, como pioneiros do Direito e Economia, seja incontestável, foi a obra de Richard Posner, notadamente, *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito), publicada em 1973, que realmente fez o movimento decolar³. Posner é o grande expoente da Escola de Chicago, que é o que poderia ser denominada de doutrina majoritária em Direito e Economia, ou *Law and Economics*, ou análise econômica do direito, como já mencionado anteriormente⁴.

2. De acordo com Guido Calabresi: "I believe Posner actually coined the term 'Economic Analysis of Law.'" CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, op. cit., p. 15.
3. Segundo Guido Calabresi: "What is especially interesting about this period is that much of the work being done then was *Law and Economics* and not simply *Economic Analysis of Law*. Of course, at the time, the prevailing economic theory did explain any number of previously problematic seeming legal phenomena quite adequately. It did so without need of alterations or modifications. The discussion of the doctrine of respondeat superior in my first article is an example. It could certainly be described as simple *Economic Analysis of Law*. But what also characterized these early pieces was the constant back and forth between the two disciplines and the rarity of the Bentham-like approach; the rarity of a viewpoint that said, 'Let us test the world in the light of the theory and if it is wanting, say so, period!' – a statement that, in my terminology, defines *Economic Analysis of Law*. When did this latter approach enter the picture and why has it become so central, so dominant even, today? The answer lies in the extraordinary achievements of an extraordinary person, Richard Posner. [...] In lecture after lecture, article after article, and book after book, Posner demonstrated how powerful an existing economic theory can be when it is used to test, confirm, and cast doubt upon the world of law. With Benthamite genius and prodigiousness, Posner began systematically to look at all of the world of law in light of economic theory." CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, op. cit., pp. 14-15.
4. Guido Calabresi afirma: "That the theory Posner used is one associated with Chicago is no accident given that what first drew him to economics was that very Aaron Director who, on the Chicago Law faculty, first published Coase and who played a significant role in my being offered a full professorship there, in 1960, even before Coase joined that faculty. But in the end this reliance on Chicago theory is less important than

As pessoas sem formação em economia tendem a associá-la ao dinheiro, ao capitalismo, ao egoísmo, a um conceito reduutivo e irrealista de motivação e de comportamento humano, a um formidável aparato matemático e a uma propensão a conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras⁵. A essência da economia não é nenhuma dessas coisas⁶. A essência é extremamente simples, embora a simplicidade seja enganosa⁷. O simples pode ser sutil, pode ser intuitivo; sua antítese é complicado e não difícil⁸.

A maior parte da análise econômica consiste em traçar as *consequências* de se supor que as pessoas sejam racionais em suas interações sociais⁹. Segundo Posner, a função básica do direito, em uma perspectiva econômica, é alterar os incentivos¹⁰. Este é o núcleo do que pode ser chamado de *centralismo jurídico*, que é ínsito à lógica do *Law and Economics*¹¹. Note-se que o desempenho econômico (entendido em sentido amplo) de uma sociedade não é somente dirigido pelos incentivos promulgados pelo direito sancionado pelo Estado, mas também é afetado pela mudança da tecnologia ou pelas normas sociais¹². Mas o direito tem um papel transformador central na sociedade. E este papel transformador não necessariamente precisa ter um viés progressista ou conservador, de esquerda ou de direita.

A lógica da análise econômica do direito é a seguinte: os debates no âmbito de políticas públicas, geralmente, giram em torno de questões como “*em que direção se deve mudar a lei?*”¹³. O *Law and Economics* fornece uma maneira sistemática de se pensar sobre essas questões¹⁴. Parte-se da premissa de que os objetivos de uma política pública não serão alcançados com a pura

is Posner's single-minded use of an existing economic theory to test the world. [...] Following on Posner, an immense amount of Economic Analysis of Law scholarship has been published. [...] In fact, field after field of law has been analyzed – and, not infrequently, changed – because an economic analysis of that field led to the conclusion that the preexisting world was, if not quite 'nonsense upon stilts', at least of dubious rationality.” CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, op. cit., p. 15.

5. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 35.
6. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 35.
7. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 35.
8. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 35.
9. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 35.
10. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 75.
11. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 104.
12. Cf. POSNER, Eric A. Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law In *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, n 2, June 1998.
13. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 32.
14. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 32.

e simples mudança da lei (ou do direito de forma mais ampla), a qualquer momento, ou de maneira *ad hoc*, mas sim com a estruturação e adoção de leis, direitos, regras e doutrinas nas quais exista um nexó conhecido entre a mudança no direito e o resultado desejado e esperado¹⁵.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, deve-se entender que uma mudança no direito alterará a estrutura de incentivos que incidem sobre as pessoas e os grupos na sociedade¹⁶. Essa mudança nos incentivos vai alterar o comportamento, e o novo comportamento afetará, em último caso, e de maneira sistemática, o desempenho econômico¹⁷. Grande parte da perspectiva positiva (em contraste com a perspectiva normativa) da análise econômica do direito é uma tentativa de se descrever exatamente o nexó entre os objetivos políticos e seus resultados, com a medição e avaliação do desempenho econômico em termos de eficiência de Pareto em transações e produção, ou da eficiência de Kaldor-Hicks¹⁸. Esse nexó é captado pelo que tem sido chamada de *abordagem jurídico-centralista*, que realça o papel central do direito na formulação de políticas¹⁹. Mudar o direito, seja com a mudança de direitos, regras ou doutrinas, altera os incentivos que incidem sobre os indivíduos na sociedade e, com isso, altera-se o seu comportamento; no total (no agregado), o novo comportamento resulta em um desempenho econômico diferente²⁰.

A análise econômica do direito, segundo a Escola de Chicago, por sua vez, consiste na utilização de ferramentas da microeconomia, especialmente

15. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., pp. 32-33.
16. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 33.
17. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 33. Segundo Korobkin e Ulen: "The seminal insight that economics provides to the analysis of law is that people respond to incentives – a generalized statement of price theory. From this insight, two important corollaries follow. First, the law can serve as a powerful tool to encourage socially desirable conduct and discourage undesirable conduct. In the hands of skillful policymakers, the law can be used to subsidize some behaviors and to tax others. Second, the law has efficiency consequences as well as distributive consequences. Intentionally or unintentionally, legal rules can encourage or discourage the production of social resources and the efficient allocation of those resources. Although efficiency need not be the sole or primary goal of legal policy, economic analysis of law teaches that policymakers ignore the efficiency implications of their actions at society's peril. Legal rights that are unobjectionable in the abstract are not free but rather must be measured against their opportunity costs." KOROCHKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, op. cit., p. 1054.
18. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 33.
19. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 33.
20. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 33.

a teoria de preços, para se estudarem normas jurídicas e instituições²¹. Em sua posição original, mais ortodoxa, a Escola de Chicago é baseada nas seguintes premissas: i) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em seu comportamento de mercado e fora de mercado; ii) os indivíduos respondem a incentivos em seu comportamento de mercado e fora de mercado; iii) as normas jurídicas e as consequências jurídicas podem ser avaliadas com base em suas características relacionadas à eficiência²². No tocante a esta terceira premissa há uma prescrição normativa com dois sentidos: i) a ideia de que a tomada de decisões jurídicas deve promover a eficiência e, ii) na formulação de políticas públicas, os tomadores de decisão devem se fiar fortemente aos mercados²³.

O próprio Richard Posner abandonou algumas destas premissas. Mas o registro é importante por algumas razões. Primeiro, este trabalho fará uma apresentação de algumas ideias de Posner relacionadas à aferição de consequências no momento da interpretação jurídica antes e depois de suas mudanças de posicionamento. No momento em que se estuda a mudança do *antes* para o *depois*, é possível se verificar quais ideias de Posner foram abandonadas após as críticas, e quais sobreviveram, demonstrando o seu valor (o foco deste trabalho está neste ponto). Segundo, muitos críticos de Posner, utilizando a técnica de espantalhos retóricos, escolhem seletivamente um determinado período da obra do autor para atacá-la e ignoram as mudanças de posição. Esta atitude visa a condenar toda a obra de Posner em razão de alguma posição que ele tenha defendido em um determinado momento, ainda que ele mesmo tenha reconhecido que a posição adotada era equivocada. Tal atitude de seus críticos é ruim, porque descarta junto a ideias superadas também teorias válidas e que permaneceram incólumes às críticas.

A análise econômica do direito de Posner foi elaborada sob a convicção de que a economia é um instrumento poderoso para se analisar uma vasta gama de questões jurídicas, mas a maioria dos operadores e dos estudantes de direito têm dificuldade de ligar princípios econômicos a questões

21. KORNHAUSER, Lewis. The Economic Analysis of Law In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Fall 2017 Edition. Disponível em: [<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>]. Acesso em: 12 fev 2019. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 102.

22. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 102.

23. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 102.

jurídicas concretas²⁴. Como já dito, muitos operadores do direito ainda pensam que a economia é o estudo de temas como inflação, desemprego, dos ciclos de negócios e de outros fenômenos macroeconômicos, como taxa de juros, cotação de moedas, etc., distantes das preocupações cotidianas do ordenamento jurídico²⁵. Mas, na verdade, o domínio da economia é muito mais amplo.

Embora o objeto de estudo tradicional da economia seja, realmente, o comportamento de indivíduos e organizações nos diferentes mercados, uma reflexão um pouco menos apressada sobre as ferramentas analíticas básicas dos economistas para o estudo de mercados sugere a possibilidade de se usar a economia de forma mais ampla²⁶. A mais importante destas ferramentas é a suposição de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações²⁷. Muitos princípios da economia são deduções dessa suposição, por exemplo: i) o princípio de que uma mudança no preço vai afetar a quantidade de um bem ao alterar a atratividade de bens substitutos a ele; ii) a ideia de que os recursos gravitarão em torno do uso que gere a maior remuneração; iii) a premissa que o indivíduo vai alocar seu orçamento entre bens e serviços disponíveis em que até o último centavo gasto em cada bem e serviço tenha a mesma satisfação para ele e, caso isso não ocorra, ele pode aumentar sua utilidade, ou bem-estar agregado, por meio de uma realocação dos recursos²⁸.

Posner questiona: é plausível supor que as pessoas sejam racionais apenas, ou essencialmente, quando fazem transações de mercado, e não quando estão envolvidas em outras atividades da vida cotidiana, como casamento, litigância no Poder Judiciário, criminalidade, discriminação, proteção de informações pessoais, entre tantas outras?²⁹. Se a racionalidade não se limita a transações explícitas de mercado, mas é uma característica geral e dominante do comportamento social, então o aparato conceitual construído por gerações de economistas para explicar o comportamento de mercado (*market behavior*) também pode ser usado para explicar o comportamento fora de mercado (*nonmarket behavior*)³⁰.

24. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 03.

25. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

26. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, 1981, p. 01.

27. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 01.

28. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 01.

29. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 01.

30. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02.

Posner reconhece a grande influência de Bentham e Becker sobre sua obra. No início do desenvolvimento moderno da economia, Jeremy Bentham sustentou que as pessoas eram maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as áreas da vida humana³¹. Sua aplicação da economia ao crime e à pena foi negligenciada pelos economistas por quase duzentos anos, embora tivesse uma influência duradoura na criminologia³². Bentham não tentou reunir provas de sua alegação de que as pessoas estão, sempre e em toda parte, em uma busca racional de seu interesse próprio³³. Ele apenas afirmou isso, e gerações subsequentes de economistas, aparentemente, acharam a afirmação implausível demais para querer testá-la³⁴. A revitalização moderna do interesse em aplicar a economia ao comportamento fora de mercado começa com Gary Becker, embora possa ser encontrada também em autores como Henry Sidgwick e Wesley Mitchell³⁵.

A partir da publicação de sua tese de doutorado sobre a economia da discriminação racial em 1957, Becker e seus discípulos levaram a economia a áreas tão diversas como educação, fertilidade, comportamento de criminosos e promotores de justiça, caridade, caça pré-histórica, suicídio, entre tantas outras³⁶. Isso não foi nada mais do que uma redefinição da economia como o estudo da escolha racional, mas não limitada ao mercado³⁷. Em razão deste empreendimento intelectual, não é mais absurdo sugerir que a mais variada gama de assuntos, que vão desde o casamento (ou outras atividades não econômicas) até a regulamentação constitucional de alguma atividade econômica, possa ser iluminada pela abordagem econômica³⁸.

A análise econômica do direito tem dois ramos³⁹. O ramo mais antigo, a análise de leis que regulam a atividade econômica explícita, remonta, pelo menos, à discussão de Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista⁴⁰. Tais estudos continuam sendo uma parte impor-

31. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02.

32. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02.

33. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02. Neste trabalho, optou-se por traduzir, aqui e doravante, "self-interest" como "interesse próprio" e não como "autointeresse". Da mesma forma, doravante, a expressão "self-interested" será traduzida como "busca do interesse próprio" e não como "autointeressado".

34. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02.

35. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 02.

36. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 03.

37. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 03.

38. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 03.

39. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., pp. 03-04.

40. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 04.

tante da análise econômica do direito atualmente – em verdade, do ponto de vista quantitativo, é a parte mais importante⁴¹. Eles incluem estudos de direito antitruste (ou direito concorrencial), direito tributário e de direito societário; regulação de serviços públicos e do comércio internacional, entre outras atividades de mercado⁴². O outro ramo é a análise das normas que regulam as atividades fora de mercado. Este é o ramo mais recente⁴³.

Apesar de Posner ser reconhecido como grande autor também de direito antitruste⁴⁴, a sua grande contribuição para o direito se deu no âmbito da análise econômica do direito das atividades fora de mercado. Esta contribuição não se deu por causa de sua análise econômica de questões específicas dos diversos ramos do direito, como direito penal ou direito processual civil, por exemplo, mas por ter formulado hipóteses inovadoras no âmbito da própria teoria do direito. Apesar de ele mesmo rejeitar esta ideia, Posner é um grande filósofo do direito, e talvez seja o maior antagonista teórico de Ronald Dworkin. Este trabalho tem como base a teoria de Posner sobre a forma de se analisarem as consequências no momento da interpretação e aplicação do direito.

Passa-se então ao estudo das premissas da análise econômica do direito de Posner.

4.2.1 O modelo da escolha racional e a importância dos incentivos

A economia, para a análise econômica do direito, é concebida como a ciência da escolha racional em um mundo (o mundo real) no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas⁴⁵. A tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações da suposição de que o ser humano é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações, do que pode ser chamado de “interesse próprio”⁴⁶. A maximização racional não deve ser confundida com o cálculo consciente⁴⁷. A economia não é uma teoria sobre a consciência⁴⁸. O comportamento é racional quando se conforma ao modelo de escolha racional, qualquer que seja o estado de espírito da pessoa

41. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 04.

42. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 04.

43. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*, op. cit., p. 04.

44. Cf. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*, 2nd ed. Chicago and London: University of Chicago Press, 2001.

45. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

46. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

47. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

48. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

que faz a escolha⁴⁹. E o interesse próprio não deve ser confundido com o egoísmo; a felicidade (ou até mesmo a miséria) de outras pessoas pode ser uma parte da satisfação de alguém⁵⁰. Para evitar essa confusão, a economia prefere falar de “utilidade” e não de interesse próprio⁵¹. O uso da palavra “utilidade”, entretanto, leva a um aparente vínculo natural entre a economia (ou mesmo a análise econômica do direito) e o utilitarismo. Não é isso que ocorre. Mas esta questão valorativa será tratada mais adiante neste e no próximo capítulo, no momento em que for estudada a chamada análise normativa do *Law and Economics* e a crítica ao eficientismo de Posner.

Uma premissa fundamental da análise econômica do direito é de que o homem é um maximizador de utilidade racional em todas as áreas da vida, não apenas em seus assuntos “econômicos”, isto é, não apenas quando está empenhado em comprar ou vender algo em mercados explícitos⁵². Essa é uma ideia, como visto no capítulo anterior, que remonta a Jeremy Bentham, no século XVIII, mas que recebeu pouca atenção de economistas até o trabalho de Gary Becker, nas décadas de 1950 e 1960⁵³.

O principal princípio da análise econômica do direito é o princípio da escolha racional⁵⁴. Não se trata de uma escolha racional no sentido de um processo de deliberação totalmente ou explicitamente fundamentado, ou mesmo de um sopesamento consciente de alternativas, mas no sentido de se escolherem meios que sejam apropriados (dadas as limitações de informação) aos fins definidos pela pessoa que faz a escolha, sejam eles quais forem⁵⁵. A suposição de que as pessoas fazem escolhas racionais é um guia frutífero e poderoso para se entender o comportamento humano⁵⁶. Não é um guia infalível, entretanto⁵⁷. Psicólogos cognitivos têm desafiado vigorosamente certos aspectos do comportamento racional nos últimos anos⁵⁸.

49. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

50. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

51. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 03.

52. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 04.

53. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6th ed., op. cit., p. 04.

54. BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 04.

55. BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, op. cit., p. 04.

56. BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, op. cit., p. 04.

57. BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, op. cit., p. 04.

58. BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, op. cit., p. 04.