

JOÃO PAULO LORDELO



Noções Gerais de DIREITO e FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

- Organizado de acordo com o programa da Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ
- Inclui conteúdos de disciplinas de concursos públicos do Ministério Público, advocacia e defensorias públicas

2025

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

9ª edição

**Revista, atualizada
e ampliada**

VII

PRAGMATISMO, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Sumário • 1. Função judicial e pragmatismo. 1.1. Contextualismo. 1.2. Antifundacionismo. 1.3. Consequencialismo e instrumentalismo. 1.4. Perspectivas alternativas. 1.5. Crítica. 2. Conceitos epistemológicos fundamentais. 2.1. Racionalismo e empirismo. 2.2. Dialética. 3. Consequencialismo e utilitarismo. 4. Análise econômica do direito. 4.1. Aspectos introdutórios. 4.2. Análise econômica do processo. 5. Economia comportamental, heurística e vieses cognitivos. 5.1. Introdução: “a descoberta” dos processos heurísticos. 5.2. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos na atividade jurisdicional. 5.3. A classificação dos vieses cognitivos e sua identificação na atividade jurisdicional. 5.4. Vieses cognitivos particularmente presentes na atividade processual: confirmação, retrospectiva, falácia da conjunção, impossibilidade de esquecimento de provas ilícitas e vieses de decisões sequenciais. 5.5. Como confrontar os vieses cognitivos no setor público? 5.6 **Nudges**: a arquitetura da escolha. 6. Governança corporativa e *compliance* no Brasil. 6.1. Introdução: entendendo o sistema de governança corporativa. 6.2. A governança corporativa no mundo. 6.3. O modelo de propriedade dispersa. 6.4. A teoria do agente-principal. 6.5. O papel da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). 6.6. *Whistleblower*. 7. Questões de concurso.

1. FUNÇÃO JUDICIAL E PRAGMATISMO

O **pragmatismo** é um movimento filosófico amplo que tem por premissa a afirmação de que uma ideologia ou proposição é verdadeira se funcionar satisfatoriamente, ou seja, que o significado de uma proposição deve ser encontrado nas suas consequências práticas, rejeitando-se ideias não práticas.

A sua origem é encontrada no final do século XIX, nos Estados Unidos, tendo influenciado fortemente variados campos do conhecimento – direito, educação, política, sociologia, psicologia etc. O termo “pragmatismo” foi empregado, no contexto filosófico, pela primeira vez, por **William James** (1842-1910), em discurso de 1898 intitulado “Concepções filosóficas e resultados práticos”, na Universidade de Berkeley¹.

Entre os seus defensores, destacam-se também **C. S. Peirce** (1839-1914) e **John Dewey** (1859-1952), considerados pensadores do **pragmatismo clássico**, que objetivou teorizar a investigação, o significado e a natureza da verdade. Posteriormente, a corrente se intensificou a partir da década de 1970, destacando-se o trabalho de **Richard Rorty** (1931–2007).

É importante notar que, embora apresentem aproximações evidentes, pragmatismo e **utilitarismo** não se confundem. Isso porque o pragmatismo é uma corrente filosófica localizada no campo da **epistemologia**, compreendida como a filosofia da ciência ou do conhecimento. Ela se preocupa, portanto, com a utilidade das formas de conhecimento humano. Entre as suas premissas, destacam-se as seguintes²:

- a) todos os conceitos filosóficos devem ser testados por meio de experimentação científica;
- b) uma afirmação é verdadeira se e somente se for útil;
- c) uma hipótese científica deve ser avaliada pelos seus resultados (máxima pragmática de Peirce: toda a concepção que temos sobre um determinado objeto há de ser extraída dos seus efeitos);
- d) se uma teoria filosófica não contribuir diretamente para o progresso social, então possui pouco valor;

¹ MCDERMID, Douglas. Pragmatism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://iep.utm.edu/pragmati/>. Acesso em: 24 out. 2021.

² Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Pragmatism*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/pragmatism/>. Acesso em 24 out. 2021.

- e) a verdadeira opinião é aquela destinada a ser, ao fim, aceita por todos os investigadores. O objeto representado nesta opinião é a realidade.

Por outro lado, o utilitarismo é uma corrente filosófica do século XIX que remonta aos escritos de autores como **Jeremy Bentham** (1748-1832) e **John Stuart Mill** (1806-1873), ambos ingleses. Esses autores foram os primeiros a sistematizar o **princípio da utilidade**, de modo a aplicá-lo a questões morais e jurídicas concretas, preocupando-se sobretudo com as consequências das ações humanas. Assim, em vez de se preocuparem com o tema da **epistemologia**, os utilitaristas concentraram suas atenções no campo da ética.

Tendo em vista o seu objetivo principal de **conectar a teoria com a prática**, o pragmatismo filosófico acabou por influenciar outras áreas do conhecimento humano, a exemplo da filosofia da religião, a estética, a ética e o direito.

No campo jurídico, o pragmatismo tem sido associado à defesa de ideias não dogmáticas, atribuindo valor a teorias, institutos e normas jurídicas a partir das suas consequências práticas. No que diz respeito à função jurisdicional, o pensamento pragmático dedica especial atenção aos aspectos práticos extraídos da tomada de decisão judicial. Defende-se, assim, que as decisões judiciais não sejam fundamentadas em teorias abstratas, elucubrações ou hipóteses não testadas, havendo de considerar, sobretudo, as suas consequências práticas.

A defesa de uma postura pragmática e empirista no direito pode ser encontrada em autores como **Richard Posner**, para quem o pragmatismo significa “olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da ‘verdade’, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos”³.

³ POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358-380.

Para **Posner**, os magistrados e outros agentes decisórios devem pensar sempre em termos de consequências, sem levar a sério a retórica do formalismo legal. Os agentes jurídicos devem levar em consideração as consequências sistêmicas das suas decisões e a razoabilidade, deixando de usar a moral abstrata e a teoria política para guiar as suas ações. Segundo o autor, um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências de aderir às virtudes do império do direito contra as más consequências de deixar de inovar diante de disputas que os textos legais e precedentes não estejam bem adaptados para resolver⁴. Cuida-se da busca pelo propósito de uma regra, seguida da escolha do resultado que melhor promova esse propósito.

De uma forma geral, o pragmatismo jurídico pode ser considerado uma corrente teórica contraposta à teoria jurídica tradicional, compreendida como excessivamente legalista, ingenuamente racionalista e baseada em mal-entendidos das instituições jurídicas, a exemplo do sistema de precedentes. Mais especificamente, os adeptos da corrente concordam amplamente sobre quatro aspectos principais de uma visão pragmatista da teoria jurídica⁵:

- a) **contextualismo** (a importância do contexto);
- b) **antifundacionismo**;
- c) **consequencialismo** (a natureza instrumental da lei);
- d) a **presença inevitável de perspectivas alternativas**.

1.1. Contextualismo

O **contextualismo** significa, em síntese, que todas as controvérsias jurídicas estão essencialmente ligadas a um contexto específico e único. Segundo **Posner**, o reconhecimento da presença inevitável de um contexto específico “desconecta a máquina vibrante da abstração filosófica do

⁴ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 299. Cf. Dutra, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina do TRF4*. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 24 out. 2021.

⁵ BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://iep.utm.edu/leglprag/>. Acesso em: 24 out. 2021.

negócio prático de governar nossas vidas e nossas sociedades”⁶. Para os adeptos do pragmatismo jurídico, não apenas os casos que se apresentam no dia a dia ostentam um determinado contexto, mas também os conceitos jurídicos foram criados sob determinados contextos, de modo que deve ser questionada a sua aplicação indiscriminada para qualquer caso.

1.2. Antifundacionismo

O **antifundacionismo** é uma segunda característica do pragmatismo jurídico que reconhece a ausência de embasamento como uma realidade na tomada de decisões jurídicas. De uma maneira geral, os fundacionistas sustentam a existência de princípios e institutos básicos dos quais todas as decisões legais podem ser deduzidas. Tradicionalmente, a maioria das teorizações jurídicas assume uma visão fundacionalista moderada, pela qual o juiz teria um conjunto suficiente de ferramentas oriundos da tradicional dogmática jurídica que permitem proferir decisões adequadamente fundamentadas.

Num sistema jurídico marcado pelo respeito aos precedentes judiciais, a existência de casos anteriores em um determinado sentido seria suficiente para deduzir conclusões jurídicas suficientemente analisadas. Em sentido contrário, o pragmatismo jurídico: a) rejeita a ideia de que resultados corretos podem ser deduzidos de algum princípio abrangente ou conjunto de princípios; b) substitui a certeza dedutiva por um quadro de indução e uma ênfase no ato criativo de resolução de problemas judiciais; c) considera o conhecimento e a razão jurídica como conceitos essencialmente abertos que precisam de testes e revisões contínuos. Consequentemente, o processo decisório – e o próprio direito – deve ser considerado uma atividade que superaria quaisquer fundamentos previamente existentes.

Essa postura antifundacionista acaba por **desafiar a lógica de um sistema de precedentes**, por considerar que a resolução de um caso anterior não estará à altura do desafio do próximo caso⁷.

⁶ POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 463.

⁷ Butler, Brian Edgar. *Legal Pragmatism*. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://iep.utm.edu/leglprag/>. Acesso em: 24 out. 2021.

1.3. Consequencialismo ou instrumentalismo

A terceira característica do pragmatismo jurídico é o **consequencialismo** ou **instrumentalismo**. Diferentemente da visão clássica – que enfatiza a necessidade de consistência do processo decisório por meio do respeito às decisões anteriores (sistema de precedentes) –, o pragmatismo advoga pela necessidade de investigação das consequências de cada decisão. Assim, o pragmatismo jurídico confere menos valor à necessidade de respeito aos precedentes, preocupando-se mais com a **orientação para o futuro**.

1.4. Perspectivas alternativas

Por fim, o pragmatismo jurídico reforça a possibilidade de se extraírem, do texto legal, **diversas perspectivas**. Para a corrente, os significados dos textos jurídicos não devem ser extraídos de uma razão abstrata ou uma postura excessivamente formalista. Além disso, para o pragmatismo, a constante deferência em relação às interpretações antes alcançadas no julgamento de casos anteriores pode conduzir a uma injusta restrição das normas jurídicas, impedindo-as de se tornarem mais inclusivas.

1.5. Crítica

Entre os críticos do pragmatismo jurídico, é possível destacar autores como **Ronald Dworkin**, para quem a corrente rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas, ao permitir aos juízes seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura⁸.

O pragmatismo falharia, ao deixar de levar em conta que as pessoas podem ter direitos que devem prevalecer independentemente de considerações sobre o melhor futuro para a sociedade. Em outras palavras, **Dworkin** compreende que o pragmatismo trataria direitos como meros instrumentos, o que não seria uma postura democrática (“direito sem direitos”)⁹.

⁸ Dutra, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina do TRF4*. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 24 out. 2021.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 195.

2. CONCEITOS EPISTEMOLÓGICOS FUNDAMENTAIS

Como referido no tópico anterior, a epistemologia pode ser compreendida como a filosofia da ciência ou do conhecimento. De forma mais simples, trata-se do estudo do conhecimento e suas formas. Seu objetivo consiste em desvendar as formas pelas quais o conhecimento é adquirido, bem como os limites da capacidade de conhecimento humana.

Abaixo, listaremos duas correntes da epistemologia que merecem a nossa atenção.

2.1. Racionalismo e empirismo

A oposição entre racionalismo e empirismo é um debate clássico no campo da *epistemologia*, assim compreendida a filosofia da ciência ou do conhecimento. Essa disputa tinha por objeto definir a extensão da dependência que temos sobre a experiência sensorial, na tentativa de obter conhecimento sobre o mundo externo.

De forma sintética, os autores clássicos da corrente empirista – de origem inglesa (ex.: John Locke) – acreditavam que o conhecimento humano dependeria mais da experiência sensorial e menos de construções racionais abstratas. Valorizavam, portanto, o método **indutivo**, que parte da análise empírica de casos concretos para se construir uma verdade universal provável. Por outro lado, defensores do racionalismo – de origem continental (ex.: René Descartes) – defendiam a existência de vários meios pelos quais os conceitos e o conhecimento poderiam ser desenvolvidos independentemente de qualquer experiência sensorial, em especial o **raciocínio dedutivo**.

Existe, todavia, uma zona cinzenta entre as duas correntes.

Muitos racionalistas, de fato, acreditavam, na importância do conhecimento experimental. Apesar disso, compreendiam que, em muitos casos, o conhecimento desenvolvido pela razão humana superaria as informações que a experiência poderia fornecer. É possível dizer, portanto, que o ponto de partida da produção do conhecimento, para os racionalistas, é a razão. Outras características dessa corrente são:

- a) a **tese da indução/dedução** como métodos de raciocínio para a produção de conhecimento científico (que também é abraçada pelos empiristas);

- b) a **tese do conhecimento inato**, pela qual os seres humanos são presumidamente dotados de conhecimento;
- c) a **tese do conceito inato**, pela qual os seres humanos são presumidamente conhecedores de conceitos inatos.
- d) a **tese da superioridade da razão**, pela qual o conhecimento humano adquirido por intuição, dedução ou inato é superior ao conhecimento obtido pela experiência;
- e) a **tese da indispensabilidade da razão**, pela qual o conhecimento humano não pode ser desenvolvido sem a razão.

Para os empiristas, por outro lado, a obtenção do conhecimento deve partir das experiências sensorial e reflexiva, na medida em que a razão não deveria ser considerada a fonte primária do conhecimento. Assim, a tese defendida é a da **indispensabilidade da experiência** para a obtenção de conhecimento¹⁰.

2.2. Dialética

Dialética é um termo comumente utilizado no campo da filosofia para descrever um **método de argumentação** que envolve algum tipo de processo contraditório entre lados opostos.

Sua origem remonta ao filósofo grego **Platão**, para quem a busca da verdade – e, portanto, o argumento filosófico – deveria ser conduzida por meio de um diálogo ou debate de ida e volta. Não por acaso, muitas das suas obras expõem ideias a partir dos diálogos de Sócrates e seus interlocutores, com teses opostas.

Nos diálogos apresentados por Platão, os interlocutores de Sócrates propõem definições de conceitos filosóficos (ex.: o que se entende por justiça?) ou expressam pontos de vista que Sócrates desafia ou se opõe. A progressão do debate, num constante processo de ida e volta entre os lados opostos, produz uma espécie evolução de visões ou posições filosóficas. Assim, o avançar dos diálogos faz com os interlocutores mudem ou refinem suas visões, em resposta às provocações de Sócrates¹¹.

¹⁰ Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Rationalism vs. Empiricism*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/#Rati>. Acesso em: 22 out. 2021.

¹¹ Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Hegel's Dialectics*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/hegel-dialectics/>. Acesso em: 24 out. 2021.

Posteriormente, já no século XIX, o filósofo alemão **Friedrich Hegel** (1770-1831) desenvolveu o seu próprio método dialético. Enquanto, em Sócrates, os lados argumentativos opostos eram apresentados por meio de pessoas (seus interlocutores), a dialética de Hegel é diversa e depende do assunto em discussão. Em suas obras, ao explorar um determinado tema, Hegel inicialmente apresenta diferentes conceitos que se opõem. A título de exemplo, na sua *Fenomenologia do Espírito*, trabalho eminentemente epistemológico, o autor apresenta, como “lados opostos”, as diferentes definições de consciência e do objeto de que a consciência está ciente ou afirma conhecer.

Para Hegel, essa forma de evolução ou desenvolvimento linear de definições ou pontos de vista menos sofisticados para outros mais sofisticados consiste num método dialético ou “modo especulativo de cognição”. Esse método se desenvolve em três etapas: 1ª – apresentação de uma tese (ideia original); 2ª – apresentação de uma antítese; 3ª – desenvolvimento da *síntese*, que corresponderá a um resultado/teorema diverso das proposições anteriores. Esse resultado, por sua vez, passará a ser considerado uma nova tese, o que implica uma espiral argumentativa que permitirá novas reflexões.

3. CONSEQUENCIALISMO E UTILITARISMO

Entende-se por consequencialismo uma corrente filosófica ampla que tem por premissa a ideia de que uma ação é moralmente boa/correta – e, portanto, desejável ou exigida – em razão das suas consequências gerais¹².

Essa corrente leva a um questionamento imediato: como podemos determinar se uma decisão produz as consequências gerais desejadas? A resposta depende da observância de um processo dividido em cinco etapas¹³:

- a) primeiramente, é necessário definir o que deve ser considerado intrinsecamente bom (ex.: felicidade, autonomia, virtude, conhecimento etc.);
- b) o segundo passo consiste em identificar aquilo que é intrinsecamente ruim/mau (ex.: dor física, angústia, traição etc.);

¹² HAINES, William. Consequentialism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://iep.utm.edu/conseque/>. Acesso em: 21 out. 2021.

¹³ SHAFER-LANDAU, Russ. *The fundamentals of ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford Press, 2020, p. 126.

- c) o terceiro passo consiste em observar as opções de condutas que existem em uma situação concreta;
- d) o quarto passo consiste em analisar, diante da situação concreta, o valor dos resultados esperados (quanto de intrinsecamente bom e mau cada opção trará);
- e) o quinto e último passo consiste em selecionar a ação que traga o melhor balanço entre as consequências positivas sobre as negativas.

Existem dezenas de versões ou espécies de consequencialismo, a depender dos valores ou coisas indicadas como intrinsecamente valiosas/boas. Trata-se, portanto, de uma família de teorias. O utilitarismo de John Stuart Mill e Jeremy Bentham é um exemplo bem conhecido de consequencialismo. Em contraste, as teorias deontológicas de John Locke e Immanuel Kant são não consequencialistas.

O utilitarismo é uma corrente filosófica do século XIX. Ele remonta aos escritos de autores como **Jeremy Bentham** (1748-1832) e **John Stuart Mill** (1806-1873), ambos ingleses. Esses autores foram os primeiros a sistematizar o **princípio da utilidade**, de modo a aplicá-lo a questões morais e jurídicas concretas, preocupando-se sobretudo com as consequências das ações humanas.

Embora existam variadas formas de concebê-lo, o utilitarismo pode ser razoavelmente definido como a corrente ética que compreende a ação moralmente correta como aquela que produz o melhor benefício (ou utilidade). De acordo com o utilitarismo, o **bem-estar** é a única coisa intrinsecamente valorosa¹⁴. Cuida-se de uma forma de consequencialismo: a ação correta é entendida em termos das consequências produzidas. Não se trata, porém, de uma redução ao egoísmo. Para o utilitarismo, é preciso maximizar o bem-estar geral, ou seja, considerar o bem dos outros, assim como o próprio bem.

Os utilitaristas clássicos, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, identificaram o bem-estar com prazer; assim, como Epicuro, eram **hedonistas** sobre o valor. Assim, devemos maximizar o bem-estar, ou seja, gerar a maior quantidade de bem para o maior número de pessoas.

¹⁴ SHAFER-LANDAU, Russ. *The fundamentals of ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford Press, 2020, p. 127.

É importante notar que, para Mill, o utilitarismo não se resume a escolher a conduta que beneficie o maior número de pessoas. Suponha que temos a opção de escolher entre um ato que beneficia mais pessoas e outro que beneficia um grupo menor. O princípio de Mill não significa que precisamos escolher automaticamente a primeira opção, pois o benefício para o maior número pode ser pequeno (ex.: dar R\$ 1,00 para todos os brasileiros), enquanto o benefício à minoria pode ser grande (ex.: dar um salário-mínimo para os mais pobres). É necessário olhar, conjuntamente, a **maior quantidade de bem-estar para o maior número de pessoas** e não apenas o número de beneficiados.

Da mesma forma, é incorreto dizer que, para Mill, devemos sempre escolher a ação que cria a maior quantidade de felicidade. Isso porque uma determinada ação pode, ao mesmo tempo, implicar mais felicidade para um pequeno grupo e muita infelicidade para um outro grande grupo.

Resumidamente, é possível dizer que os utilitaristas clássicos entendem que é necessário **escolher a melhor situação geral**, ou seja, a ação que produzir o melhor balanço entre felicidade e infelicidade.

Os utilitaristas compreendem que a correção de uma ação depende dos seus resultados **independentemente de quando esse resultado venha a acontecer**. Isso levanta uma clara objeção, na medida em que, se uma ação depende dos seus resultados e eles ainda não ocorreram, é difícil saber como avaliar a sua correção. Para resolver esse impasse, alguns utilitaristas (majoritários) entendem que a moralidade de uma ação depende dos seus **resultados atuais**. Por outro lado, um segundo grupo (minoritário) compreende que o que importa são os **resultados esperados**¹⁵.

A valoração de uma conduta com base nos resultados atuais, todavia, traz alguns problemas. Imaginemos que alguém ajude uma pessoa idosa a atravessar a rua e, por acidente, um veículo acaba atropelando as duas pessoas. Se esse alguém não tivesse ajudado, muito provavelmente a pessoa idosa sobreviveria. Em situações como essa, parece mais adequado pensar a ação moralmente correta como aquela que leva em consideração os resultados esperados (ou seja, possibilitar que a pessoa idosa atravessasse a rua com segurança).

¹⁵ SHAFER-LANDAU, Russ. *The fundamentals of ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford Press, 2020, p. 129.

Também a valoração dos resultados com base naquilo que se espera traz alguns problemas. Isso porque não é incomum que uma ação aparentemente boa traga resultados desastrosos, enquanto uma ação aparentemente má pode trazer resultados positivos no futuro.

Uma outra característica relevante do utilitarismo clássico é a **irrelevância dos motivos**. Inexiste conexão entre a moralidade de uma ação e a moralidade das intenções por trás dela. Se a ação maximiza o bem-estar geral, ela é boa, independentemente de a pessoa tê-la praticado por pura bondade ou por motivos egoísticos, a exemplo do mero receio de ser punido.

Esse cenário revela como o utilitarismo é uma corrente repleta de objeções – como muitas outras correntes. Apesar disso, a corrente é bastante atrativa, em razão de algumas outras características.

O utilitarismo também tem como característica a **imparcialidade e neutralidade do agente**, o que também o distingue do egoísmo. É dizer, a felicidade de todos conta o mesmo. A maximização da felicidade deve ser analisada de forma imparcial: a razão pela qual alguém tem que promover o bem geral é a mesma que qualquer outra pessoa tem para promover o bem¹⁶. A premissa da igualdade entre o bem-estar das pessoas é certamente um grande atrativo, pelo seu caráter humanista.

Uma outra característica bem-vinda é a sua **habilidade para justificar a moralidade comum**. Isso porque, para os utilitaristas, a grande maioria dos dogmas morais existente é correta (ex.: matar inocentes, humilhar pessoas indefesas ou escravizar pessoas são condutas que não permitem o bem-estar geral e, portanto, são moralmente indesejadas).

Também a **flexibilidade moral** é algo que, por vezes, faz do utilitarismo uma doutrina atrativa. Para seus defensores, **nenhuma regra moral** (que não o princípio da utilidade) é **absoluta**. Mesmo a proibição do canibalismo ou da tortura podem ser flexibilizadas, em situações extremas nas quais se permita a maximização do bem-estar geral.

Entre as críticas ao utilitarismo, destacam-se os seguintes argumentos:

- a) dificuldades de medição objetiva do bem-estar em muitas situações, sobretudo quando estamos diante de valores abstratos (amizade, valor, felicidade, virtude etc.);

¹⁶ Cf. <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>.

- b) dificuldade de deliberação, tendo em vista a necessidade de sopesamento e cálculo de muitas informações;
- c) a busca pela maximização do bem-estar geral conduziria as pessoas ao constante sacrifício (ex.: doar todo o seu patrimônio às pessoas carentes, ajudar constantemente os demais etc.);
- d) o pressuposto da imparcialidade conduz à dificuldade de se identificar um padrão de resultado positivo que agrade as pessoas em geral;
- e) flexibilização moral, que pode conduzir à relativização de ações que deveriam ser consideradas como intrinsecamente más;
- f) a demanda pela maximização do bem-estar geral pode resultar na prática de atos injustos, especialmente contra minorias. Um exemplo disso consiste na conduta adotada pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra, ao deixar de punir alguns cientistas nazistas que cometeram atrocidades, em troca de compartilhamento de segredos de inteligência.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1. Aspectos introdutórios

4.1.1. *Conceito, escopo e fundamentos*

Em termos gerais, conforme descrito pela Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford¹⁷, a análise econômica do direito (AED) consiste em um ramo do conhecimento que aplica as ferramentas da teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas.

Entre outros aspectos, ela se preocupa com a **eficiência** da norma jurídica, testando, de forma empírica, se os objetivos pretendidos pelo legislador são atingidos, razão pela qual muitos autores não a concebem como uma verdadeira Teoria do Direito, mas sim um conjunto metodológico com objeto delimitado.

¹⁷ Cf. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>.

A AED propõe, assim, uma releitura do direito sob um novo prisma, fazendo uso de métodos econômicos, o que tem sido considerado uma das mais influentes correntes das ciências sociais dos últimos tempos.

De forma bastante sintética, a clássica AED é construída a partir de dois pilares. O primeiro é o **postulado da escolha racional**, que reconhece que os seres humanos, em grande medida, fazem escolhas racionais a partir de incentivos, considerando os custos e os proveitos (as utilidades) de cada opção. O segundo pilar é **a constatação de que os direitos possuem custos, de modo que, em situações de escassez, toda decisão alocativa será também desalocativa**.

É importante não confundir o direito econômico com a análise econômica do direito. O primeiro consiste em um ramo da ciência jurídica, normalmente ensinado de maneira dogmática e descritiva, tendo por objeto a disciplina jurídica da ordem (ou política) econômica (regulação, intervenção, concorrência, monopólios, oligopólios etc.). A AED, por seu turno, é mais ampla, uma teoria que propõe a compreensão do fenômeno jurídico em seus variados ramos, aplicando-se ao direito civil, direito penal, processual etc. Ela não se limita a abordar aspectos econômicos em sentido estrito (mercado, comércio, intervenção econômica, concorrência etc.)¹⁸.

Também não se confunde a AED com o cientificismo jurídico. Ela não se ocupa da pretensão de “transformar” o direito em “uma ciência”, algo que, em realidade, remontaria ao positivismo jurídico e sequer tem cabimento na epistemologia contemporânea (que reconhece a convivência entre inúmeros métodos científicos). Tampouco a AED pretende a aplicação de um único método ao direito.

Não existe uma única AED, mas sim um conjunto de projetos que compartilham uma abordagem metodológica. A típica análise econômica não objetiva construir uma teoria jurídica geral, sequer se interessando pela natureza do direito. Em vez disso, aborda uma questão específica sobre as causas, consequências ou valor social de uma norma específica ou conjunto de normas. Dito de outra forma, a típica análise econômica investiga uma norma ou instituição jurídica específica, em vez de fazer afirmações filosóficas sobre a natureza da lei.

¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

A análise econômica do direito remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, que já recorriam à economia para compreender o fenômeno jurídico. O movimento atual, contudo, cientificamente organizado, tem origem nos Estados Unidos. A corrente é comumente associada a dois importantes antecedentes: o **imperialismo econômico** (que, desde 1950, já fazia uso da economia para abordar relações sociais fora do mercado) e o **realismo jurídico**, corrente que se manifestou entre as duas guerras e que enxergava a sociologia e a economia não como disciplinas conexas, mas sim integrantes do direito¹⁹.

4.1.2. História

Sob o aspecto histórico, a AED costuma ser analisada a partir de 4 (quatro) fases²⁰:

Fase 1: surgimento entre os economistas (1957-1972) – Cuidasse do período inicialmente marcado pelas contribuições de **Downs** e **Becker** (1957), que se utilizaram de métodos econômicos para tratar de temas como a democracia e a discriminação. Em 1958, a Universidade de Chicago lança o *Journal of Law and Economics* (que se tornará uma das maiores referências no tema), tendo como ponto de partida artigo de **Ronald Coase** sobre o custo social (1960). Esse trabalho foi tão expressivo que lhe valeu a conquista do prêmio Nobel de 1991. Também ganham destaque os trabalhos de **Guido Calabresi** sobre os acidentes e responsabilidade civil. Com algumas exceções (a exemplo do próprio Calabresi), esse período foi marcado pela intensa produção de conhecimento por parte de economistas.

Fase 2: a aceitação do paradigma pelo direito (1972-1980) – Em um segundo momento, teoria econômica do direito passou a atrair atenções também dos juristas, com destaque para a obra *The Cost of Accidents*, de Guido Galabresi (1971), e a aparição de um autor extremamente relevante: **Richard Posner**, com sua obra *Economic Analysis of Law* (1972). A partir sobretudo das ideias de Posner, as faculdades de direito americanas realizam uma série de seminários e internalizam

¹⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-16.

o tema da AED aos seus currículos, difundindo o pensamento dos seus principais autores.

Fase 3: debate sobre os fundamentos (1980-1982) – A partir dos anos 80, a AED sofre uma série de questionamentos e críticas, em especial no que concerne ao seu objeto e o seu posicionamento no campo da ciência jurídica. O questionamento central pode ser assim resumido: a atribuição de direitos deve partir de considerações a respeito da eficácia das normas ou é necessário resguardar certos direitos fundamentais a qualquer custo?

Para melhor explicar esse questionamento, tomemos o exemplo do salário-mínimo. Sabemos que, de acordo com o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, é direito de todo trabalhador o recebimento de salário-mínimo nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Cuida-se de direito amplamente reconhecido em muitos países. Imagine-se, porém, que uma pesquisa empírica hipotética chegue à seguinte conclusão: no longo prazo, a fixação do salário-mínimo acima de um determinado valor conduz à redução dos postos de trabalho. A generosa intenção de ajudar os mais pobres resultará na demissão de trabalhadores, mantendo-se apenas a contratação de alguns poucos, com maiores qualificações. Pergunta-se: chegando-se a tal conclusão, o ideal seria abrir mão do salário-mínimo, ou tal instituto consistiria em um inafastável direito fundamental?

Tomemos outro exemplo: o direito fundamental à saúde, previsto na Constituição de forma ampla, sem restrições relativas às condições econômicas das pessoas. É possível (e bastante comum) que uma pessoa específica se valha de um processo individual objetivando o acesso a determinado tratamento ou medicamento. A prática forense revela, ainda, ser quase que irrecusável uma medida liminar pleiteada por alguém que se encontra no leito de morte e necessita de determinado tratamento, ainda que não sejam tão verossímeis as alegações.

Mas há um porém: comenta Daniel Sarmento, com base nas conclusões da pesquisa estatística coordenada por Virgílio Afonso da Silva, que, apesar de todos os avanços reconhecidos no campo do acesso à justiça, o principal “usuário” do Poder Judiciário brasileiro, nas questões relacionadas com direitos sociais, continua sendo a classe média²¹. Assim

²¹ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 212.