

2024



PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO • UNIRIO

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Law and Public Policy Review

ISSN 2675-1143

Volume 6, n. 1

Janeiro - Junho

Qualis B1



Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO)

 <http://seer.unirio.br/rdpp/index>

 rdpp@unirio.br

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

LAW AND PUBLIC POLICY REVIEW

VOLUME N.º 6 – NÚMERO 1

ISSN 2675-1143

Editor-Chefe:

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vice Editor-Chefe:

Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, 2024.

SUMÁRIO – SUMMARY

EDITORIAL

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann; Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior 4

O DIREITO FUNDAMENTAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO DIGITAL

Marcelo Arno Nerling 7

DESAFIOS NA IMPLANTAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES 14.133/21: UM ESTUDO SOBRE CONTRATAÇÕES DIRETAS, POLÍTICAS PÚBLICAS E AS IMPLICAÇÕES EM CRIMES ADMINISTRATIVOS

Nivanildo Pereira Filho; Rogério de Araújo Lima 24

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A RELEVÂNCIA DA AÇÃO COMPARTILHADA ENTRE SOCIEDADE CIVIL E ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Luiza Tuma da Ponte Silva; Ana Elizabeth Neirão Reymão 62

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOB AS LENTES DO UTILITARISMO E PRAGMATISMO: IMPACTOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Elpídio Paiva Luz Segundo 78

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA DE NÃO ENFRENTAMENTO

Benedito Fonseca e Souza Adeodato; André de Brito Ribeiro Filho; Daniela Ferreira Gomes de Matos; Dário Freire Branco; Vitor dos Santos Ferreira 104

ANÁLISE ECONÔMICA DAS OPERAÇÕES POLICIAIS EM ÁREAS CONTROLADAS PELO CRIME ORGANIZADO

Cínthya Simara Santos de Souza; André Melo Gomes Pereira; Fillipe Azevedo Rodrigues 128

O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DO CERRADO

Cláudia Barbosa de Souza Velasco; Hamilton Barbosa Napolitano; Eumar Evangelista Menezes Júnior 151

Análise econômica do direito sob as lentes do utilitarismo e pragmatismo: impactos nas políticas públicas e na proteção de direitos fundamentais

Law and economics through utilitarianism and pragmatism: implications for public policy and fundamental rights protection

Elpídio Paiva Luz Segundo⁸

*Faculdade Verde Norte FAVENORTE. Doutor e mestre em Direito pela UNESA/RJ.
Professor. Advogado. Mato Verde (MG). Brasil*

RESUMO

Este artigo investiga as divergências conceituais entre a *Economic Analysis of Law* (na vertente de Posner) e a tradição da *Law and Economics*, explorando suas interfaces com o utilitarismo de Bentham e o pragmatismo de Dewey. Para além do debate teórico, o estudo analisa como esses paradigmas moldam a concepção e a avaliação de políticas públicas, com ênfase em dois eixos: primeiro, a otimização da alocação de recursos estatais e segundo, a efetividade na proteção de direitos fundamentais. Mediante metodologia sistêmica e análise comparativa de argumentos, o trabalho revela os riscos da adoção não reflexiva desses modelos, tanto no âmbito judicial quanto no desenho institucional de políticas. Os resultados demonstram que uma apropriação crítica dessas correntes filosófico-econômicas pode orientar a construção de políticas públicas mais robustas, capazes de articular eficiência econômica, justiça distributiva e conformidade constitucional. Como contribuição prática, o artigo propõe um conjunto de diretrizes metodológicas para a incorporação desses referenciais na avaliação de impacto regulatório e na formulação de políticas setoriais, visando a superação de

ABSTRACT

This article examines the conceptual divergences between the Posnerian approach to Economic Analysis of Law and the broader tradition of Law and Economics, exploring their connections with Benthamite utilitarianism and Deweyan pragmatism. Moving beyond theoretical debate, the study analyzes how these paradigms shape the design and evaluation of public policies, focusing on two key dimensions: (i) the optimization of state resource allocation and (ii) the effectiveness of fundamental rights protection. Through a systemic methodology and comparative argument analysis, the research reveals the risks of uncritically adopting these models, both in judicial decision-making and institutional policy design. The findings demonstrate that a critical engagement with these philosophical-economic frameworks can guide the development of more robust public policies, capable of reconciling economic efficiency, distributive justice, and constitutional compliance. As a practical contribution, the article proposes a set of methodological guidelines for incorporating these perspectives into regulatory impact assessments and sectoral policy formulation,

⁸ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9365-203X>

reducionismos técnicos e a promoção de soluções institucionais equilibradas.

aiming to overcome technical reductionism and promote balanced institutional solutions.

PALAVRAS-CHAVE:

Análise Econômica do Direito. Law and Economics. Utilitarismo. Pragmatismo. políticas públicas.

KEYWORDS:

Economic Analysis of Law. Law and Economics. Utilitarianism. Pragmatism. public policies.

1. INTRODUÇÃO

A *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito) tem sido frequentemente equiparada à *Law and Economics* (Direito e Economia), com ambas as expressões sendo utilizadas indistintamente para designar estudos que exploram as relações entre essas duas disciplinas (Harnay; Marciano, 2009, p. 215). Contudo, há uma distinção fundamental entre elas: enquanto a *Law and Economics* preocupa-se com a influência do ordenamento jurídico no sistema econômico, a *Economic Analysis of Law* – tal como desenvolvida por Richard Posner – busca analisar o próprio funcionamento do sistema jurídico sob uma perspectiva econômica (Harnay; Marciano, 2009, P. 216; Posner, 2007, p. 55). Essa diferença, muitas vezes negligenciada, é crucial para situar o debate proposto neste artigo, que examina a *Economic Analysis of Law* sob as lentes do utilitarismo benthamiano e do pragmatismo deweyano, avaliando seus impactos nas políticas públicas e na proteção de direitos fundamentais.

A origem da *Economic Analysis of Law* remonta ao seminal artigo de Ronald Coase, “*The Problem of Social Cost*” (1960), mas foi com a obra homônima de Posner (1973) que ela ganhou proeminência, expandindo-se para além do direito antitruste e societário e abarcando uma pluralidade de temas jurídicos (Harnay; Marciano, 2009, p. 216). Apesar de Posner (1975, p. 759) apresentá-la como um desdobramento da *Law and Economics*, sua abordagem difere significativamente, especialmente no que tange à aplicação de critérios de eficiência econômica na análise do direito. Essa distinção, contudo, tem sido frequentemente obscurecida no debate brasileiro, onde a *Economic Analysis of Law* é muitas vezes subsumida sob o rótulo genérico de *Law and Economics*, sem a devida atenção às suas especificidades teóricas e metodológicas.

O presente estudo busca superar essa confusão conceitual, propondo uma análise crítica das interfaces entre a *Economic Analysis of Law*, o utilitarismo e o pragmatismo. Partindo de uma metodologia que privilegia a análise sistêmica e comparativa, o artigo visa: (a) estabelecer pontos de convergência e divergência entre a *Economic Analysis of Law* e o utilitarismo; (b) caracterizar o pragmatismo jurídico e suas relações com a abordagem econômica do direito; e (c) desvelar como esses referenciais podem influenciar decisões judiciais e políticas públicas, muitas vezes instrumentalizadas em favor de uma visão naturalizada do mercado.

Essa reflexão adquire especial relevância no contexto de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, em que a Constituição de 1988 exige a prevalência das instituições

democráticas sobre as lógicas de mercado e a independência do Estado em relação ao poder econômico (Bercovici, 2009). A hipótese central aqui desenvolvida é que uma apropriação crítica da *Economic Analysis of Law* – distanciada de reducionismos técnicos e atenta aos imperativos de justiça distributiva e proteção constitucional – pode contribuir para políticas públicas mais equilibradas, capazes de harmonizar eficiência econômica com direitos fundamentais.

Ao articular esses debates, o artigo não apenas esclarece mal-entendidos teóricos, mas também propõe diretrizes para a incorporação desses paradigmas na avaliação de impacto regulatório e na formulação de políticas setoriais, assegurando que a análise econômica do direito não se torne um instrumento de dominação econômica, mas sim uma ferramenta para a realização de um projeto constitucional emancipatório.

2. ENTENDENDO AS RELAÇÕES ENTRE UTILITARISMO E A *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

Outrora, a Economia Clássica se definia pelo estudo das características de cada sistema social sob o ângulo da produção, da distribuição de emprego e de renda, fundada na concepção de homem como *homo faber*, atualmente, o problema econômico marginalista⁹ (Avelãs Nunes, 2013, p. 109 – 111) mudou radicalmente de apoio e estabeleceu-se sob a ótica do consumo, do comportamento do indivíduo econômico (Economia Comportamental), cujos problemas se referiam às escolhas racionais entre meios alternativos e limitados para a satisfação de necessidades ilimitadas, constituída pela ideia de homem como *homo oeconomicus* (Copetti Neto, 2011).

Nesse sentido, o princípio da utilidade sofre uma readaptação, isto é, ele deixa de ser compreendido como medida da felicidade – utilidade cardinal –, tendo como argumento principal a dificuldade de justificar sua mensuração, e passa a ser considerado como uma mera

⁹ A Escola de Viena ou a Escola Austríaca deu um contributo decisivo para o aprofundamento teórico do marginalismo. Carl Menger foi o seu primeiro autor e a ele se deve a primeira elaboração sistemática da teoria da utilidade marginal (1871), falando-se, por vezes, de revolução mengeriana para significar a viragem introduzida na teoria econômica (Avelãs Nunes, 2013, p. 109). A “revolução marginalista” modificou o objeto e o método da ciência econômica, que passou a ser assentada em um conceito subjetivo de valor, identificado com a utilidade, centrado na perquirição das causas das variações dos preços de mercado, com base no raciocínio da margem, que pressupõe que a produção e a vida econômica (trocas realizadas por agentes econômicos) visam satisfazer a necessidade subjetiva das pessoas, em que cada uma delas define sua intensidade (Avelãs Nunes, 2013, p. 110-111).

descrição de preferências subjetivas individuais, sem qualquer interrelação entre sujeitos – utilidade ordinal, ou seja, passa de uma concepção principal para outra, marginal (Copetti Neto, 2011). Essa adaptação não é infensa a problemas éticos, pois aquilo que, em termos gerais, era um simples meio de medida – prazer/dor – para atingir a felicidade, converte-se em um fim – custo/benefício – em si mesmo. Por isso, a assimetria entre as áreas de conhecimento é um dos aspectos que o jurista deve considerar, pois os métodos, objetos, finalidades – e mesmo o paradigma¹⁰ – são distintos.

Essa linha de argumento pressupõe que os indivíduos maximizam racionalmente as utilidades¹¹, sejam elas quais forem (bens, obrigações), com base na escolha derivada de uma vontade “psicológica” de satisfazer algo, que é a finalidade da escolha, dialoga com a *Economic Analysis of Law*, especialmente, tendo em vista a influência de Gary Becker¹², que entende que os economistas não devem limitar suas investigações às decisões de mercado ou atividades econômicas, considerando que a teoria econômica pode ser aplicada a quaisquer tipos de comportamentos humanos (Harnay; Marciano, 2009, p. 222), sejam eles baseados nas mais diversas circunstâncias (Becker, 1976, p. 3).

Ao adotar uma concepção de economia próxima a de Becker (Becker, 1976, p. 6), Richard Posner passou a uma nova perspectiva (Harnay; Becker, 2009, p. 224), a de examinar problemas jurídicos com base em abordagem econômica (Harnay; Becker, 2009, p. 225). Aqui a passagem da *Law and Economics* para a *Economic Analysis of Law* não é semântica (Harnay;

¹⁰ A noção de paradigma, introduzida por Thomas Kuhn, na obra “A estrutura das revoluções científicas”, publicada originalmente em 1961, remete a uma visão que equipara uma norma profissional institucionalizada, uma convenção humana, a um dogma, que abafa e constrange o espírito crítico. Diferentemente, a autonomia das comunidades científicas, defendida por Kuhn, não é um simples modelo de explicação das coisas, mas um modo, de conferir significado e de intervir (no sentido de experimentar), de maneira que não bastaria identificar situações que se assemelham a um modelo, mas em um estímulo ao desafio: não por uma paisagem monótona em que se reconhece permanentemente a mesma circunstância, mas um campo rico de sutis diferenças, em que o reconhecer alude não para uma semelhança, mas para o desafio de torná-la atual. Por oportuno, é necessário registrar que há um abuso no emprego da expressão “paradigma” em Direito. Ela tem servido para justificar qualquer coisa e, no mais das vezes, no campo da teoria da decisão judicial, funciona como uma espécie de álbi teórico-retórico que autoriza o decisor, a decidir discricionariamente o que ele quer fazer, o que faz do “paradigma” um privilégio da mente supostamente iluminada de um julgador onisciente. Leia-se KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

¹¹ “Para este libro es fundamental el supuesto [...] de que el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad en *todas* las áreas de la vida, no sólo en sus asuntos “económicos”. [.] Ésta es una idea que proviene de Jeremy Bentham en el siglo XVIII, pero que recibió poca atención de los economistas hasta la obra de Gary Becker en los decênios 1950 y 1960” (Posner, 2007, p. 26). Porém, a ligação da *Economic Analysis of Law* com o utilitarismo é problemática.

¹² Ao conceituar Economia, o autor escreve: “[Economics] is the social science that deals with the ways in which men and societies seek to satisfy their material needs and desire” (Becker, 1976, p. 3).

Becker, 2009, p. 225). Há uma mudança substantiva na análise. Não é o direito que é empregado no estudo de problemas econômicos mas ferramentas econômicas é que são utilizadas para desenvolver sua análise (Harnay; Becker, 2009, p. 225) em um pano de fundo teórico dominado, ainda que não exclusivamente, pelo neoclassicismo moderno de Chicago (Duxbury, 2001, p. 394) caracterizado pela aceitação de critérios da teoria econômica neoclássica com *insights* como racionalidade, atratividade ética do interesse econômico, a crença de que os preços competitivos do mercado livre assegurariam a alocação mais eficiente de recursos, a desconfiança generalizada na regulação governamental, bem como o esforço para aplicá-la a uma variedade cada vez maior de assuntos (Duxbury, 2001, p. 394).

Ao traçar uma distinção entre *Economic Analysis of Law* e a *Law and Economics*, Keith Hylton (Hylton, 2018, p. 4-7) aponta para Bentham como fonte da *Law and Economics*, ao passo que a *Economic Analysis of Law* estaria associada a Holmes. No entanto, isso não excluiria a influência de Bentham em relação à *Economic Analysis of Law*. Nesse campo, o mais plausível sucessor de Bentham seria Becker, o que reforça a necessidade de repensar a influência de Bentham sobre a *Economic Analysis of Law*. O utilitarismo¹³ seria empregado como estrutura (*framework*) em ambos ainda que Posner tenha questionado diferenças (Hylton, 2018, p. 8).

Com efeito, as ideias de Bentham¹⁴ se refletem na *Economic Analysis of Law*, ao desenvolver uma teoria econômica do crime em uma análise de custo-benefício (Medema, 2007, p. 31). Porém pouco teria se dedicado ao direito civil e ao direito comum, considerando seu distanciamento em relação à *common law* (Medema, 2007, p. 35). Além disso, um debate mais amplo sobre o papel apropriado para o Estado dentro do sistema econômico e da sociedade ficaria a desejar (Medema, 2007, p. 35).

Becker teria avançado em Bentham de vários modos (Medema, 2007, p. 32), para além de uma teoria econômica do crime, o que lhe permitiu fazer análises marginais com a premissa

¹³ “O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a reduzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que equivale novamente à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo” (Bentham, 1974, p. 10).

¹⁴ “[...] toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida que abre chances no sentido de evitar um mal maior” (Bentham, 1974, s/p).

utilitária (Medema, 2007, p. 45) de que um grau de interferência mais suave, se eficaz, é geralmente preferido.

Ao entender, como Becker, a concepção de economia como uma ciência da escolha, Posner, multiplica as possibilidades (Harnay; Marciano, 2009, p. 226) de se fazer uma análise econômica do sistema jurídico, e de sua compreensão. É daí que se aprimora a ideia sustentada nos anos 1980 que a abordagem econômica permitiria no emprego da teoria para examinar questões jurídicas (Harnay; Marciano, 2009, p. 226). Assim é que a alteração da *Law and Economics* para a *Economic Analysis of Law*, mesmo que sutil, dá o tom da importância que essa visão de economia veio a ter no Direito, mesmo que o autor tenha deixado parcialmente esses pressupostos nos anos 1990 (Luz Segundo, 2019, p. 150), ao se aproximar do pragmatismo, que será objeto do próximo tópico.

Dentro desse quadro analítico, o problema deixa de ser o mercado, que passa a ser naturalizado e passa a ser o funcionamento do sistema jurídico (Harnay; Marciano, 2009, p. 227). Agora, o que parece importar é o comportamento das pessoas dentro do sistema jurídico. Talvez a sugestão de Jeremy Bentham (Bentham, 1974, s/p) de que a conexão (estado de vontade e faculdades de percepção) entre a intenção e certas consequências deveriam ser observadas pelos governantes, que em sentido lato, abrange o Judiciário, seja uma das âncoras desse modo de pensar.

Isso dá fôlego ao estabelecimento de uma nova mentalidade: a mentalidade da máquina eficaz, eficiente e econômica, que uniformiza coisa e seres humanos, para, depois, desvalorizá-los, transformando a natureza e os homens em bens de consumo, a serem tratados e confundidos como coisas, em uma escalada de velocidade que se nota, entre outras, no atributo da obsolescência, característica da civilização da técnica. Aqui, a utilidade e a serventia passam a ser os critérios últimos para a vida natural e para o mundo dos homens (Ferraz Jr, 2007), em uma espécie de vulgata economicista que pretende orientar todas as esferas da ação humana em relações de subordinação, disciplina e gestão econômica, o que debilita o Direito, a Política e a própria Economia, considerando que a última não é unívoca, e fazendo desses critérios instrumentos de exercício do poder.

Apesar disso, as formulações básicas de concepções utilitaristas podem ser encontradas em vários filósofos ao longo da história – desde a Antiguidade Grega até os principais autores do Iluminismo (MULGAN, 2007, p. 14). Trata-se, portanto, de uma tradição

do pensamento filosófico, e não de um princípio único, mas que só veio a adquirir contornos de escola filosófica no final do século XVIII. Para Jeremy Bentham, o mais conhecido dos utilitaristas, quatro são os pontos-chave do utilitarismo: a) o princípio da utilidade deve orientar os legisladores a produzir leis que maximizem a felicidade; b) o princípio da utilidade é o fundamento da moralidade. Outra coisa seria capricho; c) negação da existência de direitos naturais, que seriam um “absurdo sobre pernas de pau” (Mulgan, 2007, p. 64); d) as questões mais importantes são as que têm a maior quantidade de bem-estar em jogo (Mulgan, 2007, p. 242).

Contudo, a lógica moderna não é somente a racionalidade expressa nas atividades de cálculo e experimentação, mas também na paixão e na criatividade. Mais importante que um suposto dualismo entre cálculo e paixão é que a tensão existente entre elas fez avançar o projeto moderno. Assim, diferentemente do que se imagina, os indivíduos modernos não vivem engaiolados em uma jaula de ferro das necessidades, mas também encastelados no romântico, buscando, de algum modo, o equilíbrio entre eles (Campbell, 2001, p. 318).

Com efeito, rótulos precisam ser problematizados. Muitas vezes rótulos e boatos ganham vida própria, e o senso comum intelectual, pespegado de rótulos, não é uma exceção. A deficiência da abordagem do utilitarismo como antiteoria – ou expressa apenas em cálculo algébrico – pretende transmitir a ilusão de que ele foi vencido, seja por uma visão idealista (em sentido kantiano) seja por uma visão normativa.

Grande parte da literatura sobre o utilitarismo é negativa em excesso – não necessariamente errada em sua crítica, mas pouco disposta a reconhecer a importância dessa teoria, e cega para o cotidiano e as opiniões das pessoas para as quais ela constitui, pelo menos em parte, uma resposta. Isso não significa que uma teoria deva ser medida por seu grau de aceitação popular. O importante é que o utilitarismo traz *insights* que podem ajudar na compreensão da complexidade de um determinado evento. Não se trata de defendê-lo de modo irrestrito, mas de apontar que a crítica apaixonada pouco contribui para a adequada compreensão do problema. Se ele tem alcançado preeminência em vários lugares, especialmente, no “mundo” anglo-saxão, ainda não há um acordo quanto ao seu papel, seja no Direito, na Política ou na Economia.

Ademais, o utilitarismo é uma concepção ampla, que abrange uma diversidade de autores e que opera, de modo distinto, em diferentes domínios sociais – jurídicos, políticos,

econômicos, culturais ou ambientais. Não se trata de um conceito unívoco. É amplamente reconhecida sua incompatibilidade com a filosofia kantiana e sua aproximação com uma visão capitalista do mundo.

Hoje, o utilitarismo aponta uma transformação da vida econômica que não é apenas em termos de seu impacto econômico direto, mas que também se conecta a muitas mudanças na vida não econômica – na família, no equilíbrio entre “lar” e “trabalho” e entre homens e mulheres, nos estilos de vida e nos padrões de consumo, nas próprias noções de identidade individual. Outros podem preferir designar esse estado de coisas com outros nomes. Mas o que importa é que a teoria utilitária tem sido quase onipresente, seja expressa ou implicitamente, na esfera pública e na vida privada.

Desde que a “crença” no cálculo moderno se tornou universal, uma leitura eurocêntrica do termo dá lugar a uma leitura globalizante, o que permite mostrar o papel desempenhado por muitas sociedades, orientais e ocidentais, no complexo ao qual hoje se denomina modernidade. Reconhecer esse fato não significa negar a existência de fases ou formas anteriores de cálculo, nem vê-la como algo inconcluso e talvez interminável. Nem há necessidade de que esse reconhecimento signifique, a longo prazo, a reificação de tudo, embora essa seja uma visão plausível para o momento atual.¹⁵

De modo mais significativo, parece possível destacar a industrialização ou o “capitalismo” de sua incubação precoce na modernidade ocidental por meio de atributos como sociedade civil, esfera pública, democracia representativa, um conceito de direitos humanos individuais. Seria lícito, então, dizer que pode haver capitalismo sem modernização, entendendo-se esse último termo num sentido estritamente ocidental (Kumar, 2006, p. 41). Em uma frase: o capitalismo seria universal, a modernidade, não. Dessa feita, se hoje o impacto do sistema capitalista global não é apenas um sistema de sociedade entre outros, mas dotado de uma capacidade de sobreviver reinventando-se a si mesmo,¹⁶ (Kumar, 2006, p. 47-48) como fora, de algum modo no passado, o poderio romano, então é tarefa básica compreendê-lo.

¹⁵ O argumento empregado no trecho é distinto do autor. No entanto, o trecho serviu como *insight* nessa parte do artigo (Kumar, 2006, p. 31).

¹⁶ “A Primeira Revolução Industrial desvalorizou o trabalho muscular... a segunda desvalorizou o trabalho mental de rotina. A Terceira Revolução Industrial estava em meio ao processo de desvalorizar o pensamento humano – ‘o trabalho mental autêntico’.” “[...] Se as duas primeiras foram revoluções em energia – baseadas no vapor e na eletricidade – a terceira, e sobre isso havia acordo geral, era a da informação. Essa reviravolta esteve em gestação por mais de um século. Suas primeiras manifestações assumiram as formas do telégrafo elétrico, do telefone, do gramofone, do cinema, do rádio e da televisão. Mas o computador foi o ponto culminante. Isto porque, como disse

Se a constituição política da modernidade foi embasada em princípios concretos da razão objetiva, tais como justiça, igualdade, democracia e propriedade, que correspondiam à razão, o particular, posteriormente, teria tomado o lugar do universal. Com a perda relativa de sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. As ideias passam a ser instrumentalizadas como coisas e máquinas. A importância conferida à etimologia das palavras, como era no período medieval, é substituída pela função ou pelo efeito no mundo das coisas. Daí é que ideias devem servir para calcular tecnicamente probabilidades adequadas para propósitos práticos. Assim, os conceitos são aerodinamizados, tecnificados, transformados em instrumentos da economia das ideias (Horkheimer, 2002, p. 25-27). Essa aproximação do pensamento ao processo industrial ajuda a explicar a força do utilitarismo. De fato, o mundo contemporâneo é caracterizado pelo cálculo e pela lógica da probabilidade, pois, em substituição à lógica da verdade, aparece o êxito de uma ideia (Horkheimer, 2002, p. 46), ou ainda, a verdade é o que funciona (Horkheimer, 2002, p. 49).

Isso pode ser ilustrado pelo entusiasmo de Richard Posner (Harnay; Marciano, 2009, p. 229) com a economia, o que fez com que o autor fosse bastante criticado tendo em vista as premissas de sua *Economic Analysis of Law* ao dar ênfase ao funcionamento do sistema jurídico. As implicações utilitárias da teoria de Posner também podem ser vislumbradas no argumento de que o indivíduo estaria disposto a pagar por aquilo que valoriza ou demonstra interesse pessoal. Nesse sentido, as pessoas fariam o que é bom e que a bondade pode ser determinada olhando aquilo que elas fazem (Duxbury, 2001, p. 398), ou seja, haveria uma mudança de uma lógica de fins para uma lógica de meios com a instrumentalização como critério de avaliação de decisões, normas e instituições jurídicas (Krecké, 2004, p. 427). O foco parece ser o instrumento e mesmo o objetivo (*goal*) parece deixado à margem, de modo que os conceitos seriam esvaziados, ou pelo menos, passam a desempenhar papel secundário nessa teoria.

Essa reificação é típica da subjetivação e da formalização da razão, sendo um processo cuja origem deve ser buscada nos começos da sociedade organizada e do uso de instrumentos. As funções outrora preenchidas pela razão objetiva, pela religião ou pela metafísica

um dos mais notáveis cientistas de computadores dos Estados Unidos, Herbert Simon, “o computador é único em sua capacidade de manipular e transformar informação e, portanto, desempenhar, automaticamente e sem intervenção humana, funções que antes haviam sido realizadas apenas pelo cérebro do homem”. É o computador também, como “símbolo principal” e “motor analítico” da mudança” (Kumar, 2006, p. 47-48). Paradoxalmente, a “era da informação” teria criado a sociedade da desinformação.

(Horkheimer, 2002, p. 45) têm sido ocupadas pelos mecanismos objetificantes do anônimo sistema econômico-financeiro, no qual as atividades são classificadas como sem sentido ou supérfluas em razão de seu preço e utilidade. O trabalho produtivo passa a ser o único modo aceito de “gastar” a vida, e, em qualquer ocupação, a busca de qualquer objetivo deve resultar em algo rentável.

Assim, se, no passado, o filosofar representara a esfera do distanciamento, da independência, e, em certo sentido, até mesmo da liberdade em relação à objetividade, que não se submetia aos interesses privados ao preservar a ideia de verdade objetiva sob o nome de absoluto, e relativizando a subjetividade, ainda que fosse de modo espiritualizado, hoje esse filosofar seria um exame não contemplativo da existência, mas uma visão das possibilidades futuras, para indicar o melhor e evitar o pior. A probabilidade e o cálculo substituiriam a verdade, e a análise histórica sucumbiria ao pragmatismo (no sentido de se ocupar dos efeitos, e não das ações das pessoas) (Horkheimer, 2002, p. 48).

Trata-se de uma teoria ambiciosa, que, apesar de estimulante, deixa de fora muita coisa que precisa ser examinada, não tendo condições, como qualquer outra teoria, de captar a totalidade do mundo. Um ponto a ser mencionado é que os utilitaristas costumam distinguir entre resultados reais e resultados prováveis, o que os aproximam do consequencialismo,¹⁷ ainda que não haja confusão entre eles, considerando que o último se preocupa, tão somente, com o valor da ação, independentemente de qual seja a noção de valor empregada (Mulgan, 2007, p. 205).

Como produto do Iluminismo, as teses utilitárias eram otimistas, pois tinham como pressuposto que os homens desejam o bem-estar, sendo as regras de convivência social racionais se almejassem essa finalidade. A busca da felicidade não era algo incorpóreo, tampouco de uma suposta natureza *a priori* do homem, mas buscavam fundamentar-se na própria existência.

No campo do Direito o utilitarismo manteve, desde seu nascedouro, vínculos com o sistema político liberal. A jurisprudência utilitária assentava-se, em linhas gerais, na satisfação

¹⁷ “De modo simples, pode-se dizer que o consequencialismo é uma característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito” (Mendonça, p. 49; p. 47, nov., 2018). Um exemplo é o recente art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que possui a seguinte redação: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”.

das aspirações da personalidade dos indivíduos, sustentando a seguinte proposição: os governos existem para proteger e realizar os direitos inalienáveis do homem.

Economistas, em certo sentido, podem parecer utilitaristas. Contudo, eles não pretendem julgar as necessidades das pessoas na vida social ou se elas querem a felicidade, mas pretendem saber como se pode satisfazer as necessidades dos indivíduos com o menor custo possível. Nesse prisma, algumas teorias econômicas poderiam ser denominadas utilitaristas, ainda que não se reconheçam como tal (Barretto, 2009, p. 838).

3. INTERFACES ENTRE O PRAGMATISMO E A *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

Nos últimos dois milênios, a Filosofia do Direito foi marcada por duas posições antagônicas (Salama, 2013). A primeira, objetivista, sustenta a existência de uma resposta correta para todos os casos, incluindo-se as mais complexas questões jurídicas. Na outra ponta, a subjetivista pugna pela existência de várias questões difíceis, que podem ser corretamente respondidas, mesmo as mais complexas, o que faz com que os poderes dos magistrados se tornem arbitrários. Em outras palavras, o pragmatismo jurídico buscaria uma opção intermediária, que justifique o direito das liberdades públicas e os critérios de eficiência, rejeitando o objetivismo (*por ser metafísico e indemonstrável*) e o subjetivismo (*por ser niilista*), (Posner, 2007, p. 473-474) de modo que (Salama, 2013):

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas.

Essas posições serviriam a uma concepção mercantilista de mundo, mas ainda assim o Direito não pode ser confundido com o capitalismo, pois continuaria a existir, imposto pelos mandatários, sejam eles quem forem. Portanto, para analisar conceitos jurídicos e econômicos, é indispensável lançar um olhar à história.¹⁸

¹⁸ A título de exemplificação, na obra “O capital”, Karl Marx escreve: “a esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham” (Marx, 2008, t. 3, p. 251). A liberdade dos compradores e vendedores de uma mercadoria seriam movidas apenas pelo livre-arbítrio, tendo em vista que o contrato é entre pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos, e, por conseguinte, ele é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum às partes. Ao se abandonar essa esfera da circulação simples ou da troca de mercadorias, de onde o livre-cambista vulgar extrai noções, conceitos e parâmetros para julgar a sociedade do capital e do trabalho assalariado, pode-se perceber uma certa transformação, haja vista que o antigo possuidor de dinheiro se apresenta, doravante, como capitalista, e o

Como teoria política e social, o pragmatismo (a ideia de que são as crenças que conduzem à ação) (Pogrebinschi, 2005, p. 184) é constituído por três linhas principais: a) o afastamento da metafísica ontológica (no sentido de que elas são, em maioria, sem sentido ou absurdas); b) rejeição do nominalismo (que seria uma filosofia que reconhece apenas os indivíduos, e, portanto, seria egoísta); c) proximidade com o realismo (a realidade e os objetos precisam de mediações) (Pogrebinschi, 2005, p. 25).

Apresentam-se no pragmatismo três características definidoras: 1. o antifundacionalismo, que rejeita conceitos abstratos, entidades metafísicas, categorias apodíticas, princípios imutáveis, dogmas ou qualquer tipo de fundação do pensamento, sustentando só ser possível compreender algo por meio de suas consequências (Pogrebinschi, 2005, p. 26), o que faz dessa teoria algo instrumental e é reconhecido pelos próprios pragmatistas; 2. o consequencialismo, que entende que o significado de uma proposição e de sua verdade só pode ser identificada com base no teste de suas consequências (Pogrebinschi, 2005, p. 38), ou seja, considera as consequências e resultados previsíveis; 3. o contextualismo (a ênfase nos fatos, a relevância da concretude, a importância da cultura da sociedade e sua relação com as instituições e práticas sociais, a ideia de adaptação) (Pogrebinschi, 2005, p. 49-50), que valoriza a experiência, de modo que toda e qualquer proposição deve ser julgada em conformidade com as necessidades humanas.

Essa é razão pela qual o pragmatismo¹⁹ é uma espécie de caixa de ferramentas da teoria, ou seja, uma teoria sobre como empregar uma teoria. Não se trata de uma teoria do Direito, mas pode ser usada para analisar a atividade judicial se o Direito for compreendido, em termos comportamentais, como a atividade desenvolvida pelos magistrados. Se o Direito for

possuidor de força de trabalho, como seu trabalhador. “O primeiro, confiante e ávido por negócios; o segundo, tímido e hesitante, como alguém que trouxe sua própria pele ao mercado e, que agora, não tem mais nada a esperar além da despela”. A igualdade se daria somente na troca de equivalente por equivalente, partindo-se do pressuposto que o outro é possuidor de mercadoria. Já no direito à propriedade cada um dispõe apenas do que é seu, observada as lições de Bentham, pois o que une os contratantes é a utilidade própria, a vantagem pessoal, os interesses privados. E porque cada um se preocupa apenas consigo mesmo e nenhum se preocupa com o outro, há uma harmonia preestabelecida das coisas ou sob os auspícios de uma providência todo-astuciosa, que realiza em conjunto a obra de sua vantagem mútua, da utilidade comum, do interesse geral. Difícil não notar o sarcasmo do autor com as premissas liberais e libertárias nesse trecho.

¹⁹ Segundo Johannes Hessen, o erro fundamental do pragmatismo consiste em não reconhecer a autonomia do pensamento humano. Se o que é valioso no pragmatismo é a conexão do pensamento e do conhecimento com a vida, não é possível desconsiderar a autonomia do conhecimento e fazer dele uma simples função vital. Isso só é possível se houver a falsificação ou negação da verdade e não dá conta, portanto, da esfera lógica. É como se não houvesse juízo verdadeiro (Hessen, 2000, p. 42, adaptado).

concebido como atividade, e não como conceito ou grupos de categorias, então o agente dessa prática, que é o juiz, é quem constrói o direito; não é apenas um reproduzidor dele (Pogrebinschi, s/d):

Pensar o direito de forma pragmatista implica inclusive em desconsiderar a idéia de interpretação judicial. O juiz pragmatista não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não. As fontes autoritativas são apenas fontes de informação para o juiz pragmatista, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extra-jurídicos. Pode-se então afirmar que os juizes pragmatistas operam com um método comparativo-consequencialista. Vale dizer, eles avaliam comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, o pragmatista tentará supor consequências, e do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor.

Para o pragmatista, a melhor decisão é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Um juiz pragmatista²⁰ está preocupado em intervir na realidade social, estabelecendo, em suas decisões, verdadeiras políticas públicas. Ele não fica adstrito ao código binário do sistema jurídico, visto que admite a adoção de mecanismos não jurídicos, vale dizer, de outras disciplinas, em sua aplicação, podendo empregar fontes do Direito e considerações de caráter ético e político.

O pragmatismo jurídico não é uma teoria ou expressão do ativismo judicial, mas uma teoria sobre a prática do Direito e um modo de exercer essa prática (Pogrebinschi, s/d). No ativismo, ainda que o juiz atue discricionariamente, ele toma como referência um sistema de Direito posto e legislado. Diferentemente, para um pragmatista, o que confere validade à norma jurídica não é sua pré-existência, mas sua aplicação, de modo que a norma é uma das opções que o julgador pode utilizar.

Nesse caminhar, o pragmatismo é distinto de uma leitura positivista e formalista do Direito e não elege como preocupação principal a ordem ou a certeza jurídica, valores fundantes da modernidade e, por consequência, do Direito moderno. O cerne do pragmatismo é a necessidade, ou seja, o Direito deve adequar-se, ajustar seus conceitos e categorias para atender a um resultado benéfico, o que pode e não necessariamente deve dispensar a coerência do sistema.

²⁰ “[...] el juez y, [...] los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento de la gente que realiza actividades. [...] la perspectiva *ex ante* no es ajena al proceso legal” (Posner, 2007, p. 59).

Juízes pragmatistas repelem a estrita observância a um direito preexistente (princípio da legalidade) e veem com ressalva a restrição ou a contenção à atividade jurisdicional. Ao olhar para o futuro, decidem de acordo com as consequências que seu julgamento pode acarretar (Pogrebinski, s/d). O juiz não tem o encargo de voltar os olhos para o passado, para a história; e só faria isso se fosse estratégico. Em outras palavras, o magistrado pragmatista toma uma decisão com base nas necessidades sociais presentes e futuras, buscando apenas certa consistência com o direito preestabelecido, não como um fim em si mesmo, mas como um modo de alcançar, supostamente, o melhor resultado, a melhor decisão, que só pode ser construída pela compreensão da atividade diária dos juízes, e não por uma perspectiva estritamente acadêmica.

Para tanto, o procedimento do pragmatista é o método experimental, que permite atingir graus de certeza adequados. Inobstante, esse método experimental pode ser entendido como inversão de uma regra lógica aristotélica, visto que é pelo efeito que se conhece a causa, e não mais pela causa que se declara o resultado. Além disso, ao menosprezar a capacidade especulativa da razão como algo distinto da ciência existente, a visão pragmatista nega a condição de ciência para o saber abstrato, certo de que o intelecto se atrofiaria quando as ligações com esse conteúdo fossem cortadas.²¹ (Horkheimer, 2002, p. 59-60).

Com isso, percebe-se que há um liame entre o pragmatismo e industrialismo moderno, para quem a fábrica é o protótipo da existência humana e modela todos os ramos da cultura segundo a produção na linha de montagem ou segundo o escritório executivo racionalizado (Horkheimer, 2002, p. 55).

Tentar transformar a Física experimental num protótipo de todas as ciências e modelar todas as esferas da vida intelectual segundo as técnicas do laboratório é defender que todo pensamento deve apresentar um registro de sua utilidade, e, mesmo que seu emprego direto seja

²¹ Em instigante passagem, o autor afirma: “A utopia negativa de Aldous Huxley expressa esse aspecto da Formalização da razão, quer dizer, a sua transformação em estupidez. Nessa utopia, as técnicas do admirável mundo novo, e os processos intelectuais ligados às mesmas, são representados como sendo tremendamente requintados. Mas os objetivos a que servem os estúpidos “vibradores” que permitem que se sintam uma pele projetada numa tela; a “hipnopédia”, que inculca os slogans dominadores do sistema numa criança adormecida; os métodos artificiais de reprodução que padronizam e classificam os seres humanos antes mesmo de nascerem – tudo isso reflete um processo que invade o próprio pensamento e conduz a um sistema de proibição de pensar que deve resultar finalmente na estupidez subjetiva, prefigurada na idiotia objetiva de todo o conteúdo da vida. O pensamento em si mesmo tende a ser substituído por ideias estereotipadas. Estas são, por um lado, tratadas como meros instrumentos convenientes, a serem oportunisticamente abandonados ou aceitos, e, por outro lado, como objetos de adoração fanática” (Horkheimer, 2002, p. 60-61).

“teórico”, ele deve ser verificado pela aplicação prática da doutrina segundo a qual funciona (Horkheimer, 2002, p. 55).

Isso posto, deduz-se que a redução da razão a um mero instrumento degrada até mesmo o seu caráter instrumental.²² (Horkheimer, 2002, p. 60). Nas palavras de Max Horkheimer, a mais radical e consistente forma de pragmatismo é a filosofia de John Dewey, que defende que a teoria significa que conhecer é, literalmente, algo que se faz; que a análise é, basicamente, física e ativa; “que os significados, em sua qualidade lógica, são pontos de vista, atitudes e métodos de comportamento em relação aos fatos; e que a experimentação ativa é essencial à verificação”. Em que pese a assertiva ser consistente, ela aboliria o pensamento filosófico enquanto ele é ainda pensamento filosófico (Horkheimer, 2002, p. 53).

Esse aspecto suscita muitas discussões nos escritos pragmatistas. Ao atribuir a qualquer coisa e a qualquer um o papel de um instrumento – não em nome de Deus ou da verdade objetiva, mas em nome do que quer que seja realizado praticamente por tal instrumento –, ele enseja indagações como: *o que expressões como “a verdade em si”, ou a noção “Bem” podem realmente significar*. Pode-se dizer que tais expressões preservam a consciência das diferenças para cuja negação se inventou o pragmatismo: a diferença entre pensar no laboratório e na filosofia, e conseqüentemente, a diferença entre a destinação do homem e seu sentido atual (Horkheimer, 2002, p. 57-58).

Talvez, o consequencialismo represente o atributo mais conhecido do pragmatismo²³. Distinto de uma concepção jurídico-normativa, que regula o passado no presente por meio de uma sentença, o pragmatismo olha para o futuro, de modo que o significado de uma proposição, assim como sua verdade, só pode ser conhecido após o teste de sua consequência; ou seja, é na antecipação de consequências que se produz o conhecimento no pragmatismo (Pogrebinschi, 2005, p. 38-39).

²² A neutralização da razão, que a despoja de qualquer relação com o conteúdo objetivo e de seu poder de julgar este último, e que a reduz ao papel de uma agência executiva mais preocupada com o como do que com o porquê, transforma-a cada vez mais num simples mecanismo enfadonho de registrar os fatos. A razão subjetiva perde toda espontaneidade, produtividade e poder para descobrir e afirmar novas espécies de conteúdo – perde a própria subjetividade. Como uma lâmina de barbear frequentemente afiada, esse “instrumento” se torna demasiado tênue e no fim inadequado até mesmo para dominar as tarefas formalísticas ao qual é limitado (Horkheimer, 2002, p. 60)

²³ “Es cierto que pocas opiniones judiciales contienen referencias explícitas a los conceptos económicos. Pero es frecuente que las bases verdaderas de la decisión legal estén ocultas antes que iluminadas por retórica característica de las opiniones” (Posner, 2007, p. 57-58).

É como se o pragmático fosse uma espécie de profeta moderno, com a missão de anunciar o futuro. E essa consideração não está pronta, mas em processo de tornar-se, o que implica em substituir o passado, que estaria dado, pelo futuro como aquilo que ainda é uma possibilidade (Dewey, 2007, p. 236).

No pragmatismo tudo se torna um elemento a ser examinado pelo sujeito na cadeia de meios e efeitos. “Verifique cada conceito com a pergunta: ‘Que diferença sensível fará para qualquer pessoa a sua verdade?’ (Horkheimer, 2002, p. 51), e você estará na melhor posição para compreender o que significa essa verdade e discutir sua importância”. Dessa regra segue-se que o comportamento das pessoas decide sobre o significado de um conceito. Isso porque o propósito do pragmatismo é ser uma atividade prática, um modelo explicativo que tenta dissolver as categorias intelectuais abstratas – tais como verdade, significado ou concepções – por uma concepção operacional, concreta, como mecanismo que desvele ou desencadeie certas séries de acontecimentos, ainda que John Dewey (Dewey, 2007, p. 236) defenda seu desdobramento metafísico, que ao tornar o mundo mais razoável (*reasonable*) lhe ofereceria valor intrínseco.

Dito isso, a *Economic Analysis of Law* não se omite em relação a questões de filosofia moral e política. Richard Posner²⁴ reconhece isso em determinado momento de sua trajetória intelectual, quando toma partido da filosofia liberal de John Stuart Mill²⁵, o que não significa uma adesão completa a essa perspectiva. Ao contrário, ela é até mesmo controversa tendo em vista a existência de interlocutores como Holmes e Bentham.

Ao utilizar teoria econômica para explicar o mundo jurídico e as necessidades de reforma do direito e do sistema jurídico a partir de consequências econômicas (Calabresi, 2016, p. 2), a *Economic Analysis of Law*, no seu modo mais agressivo, estabelece uma visão de mundo a partir de uma teoria econômica e, se busca aquilo que o direito não pode responder, proclama a irracionalidade do mundo (Calabresi, 2016, p. 2), o que permite entrever o pragmatismo. Aqui, o argumento de Gary Becker de que a economia poderia ser relevante para uma série de

²⁴ Contudo, o autor faz a seguinte advertência: “[...] a ideia de que Platão, Aristóteles, Kant, Hegel e até Mill tenham a chave para resolver qualquer problema social moderno [é] implausível” (Posner, 2012, p. 75).

²⁵ Stuart Mill estaria identificado com a *Law and Economics* e Jeremy Bentham com a *Economic Analysis of Law* (Posner, 2009, p. 280; Calabresi, 2016, p. 1).

questões não estritamente econômicas avança em um nicho não percebido por Ronald Coase e Guido Calabresi, tais como o direito de propriedade e a responsabilidade civil²⁶.

Em casos difíceis, juízes não poderiam decidir apenas com base na lógica ou na ciência. A decisão abarcaria elementos de lógica, sentido, história, precedente, economia, conhecimento pessoal, visão de mundo e considerações políticas (Krecké, 2004, p. 428), o que implica em acertos e falhas. No pragmatismo posneriano o decisor jurídico se situa em um contexto de ignorância e incerteza. O reconhecimento das limitações da razão e a falibilidade humana devem ser levadas em conta. Isso envolveria um modelo de maximização reduzido, o que se aproximaria da noção de “*satisficing*” da teoria das organizações e da teoria evolutiva em que a escolha da melhor alternativa de decisão é aquela que o decisor tem conhecimento e acredita que está disponível (Krecké, 2004, p. 428). Trata-se de uma concepção vulnerável às deficiências do subjetivismo e imprevisibilidade de análise. Ao mesmo tempo, proporciona uma visão mais realista do sistema jurídico e dos processos decisórios judiciais (Krecké, 2004, p. 428).

Contudo, a análise carece da apreciação de que o modelo neoclássico de economia não dá conta de que o mercado, que funciona como argumento naturalista, pode ser coercivo ou arbitrário, especialmente, para aqueles que não têm poder econômico, ou seja, não dá conta da existência de desigualdades distributivas (Duxbury, 2001, p. 403). Da mesma maneira, rejeitar a dimensão teórica do pragmatismo e deixar de fora a discussão sobre o papel do Estado e as disputas políticas, ao argumento de que o pragmatismo é bom senso e razoabilidade indica um reducionismo economicista complacente com o status quo (Sullivan; Solove, 2003, p. 691).

De todo modo, é necessário deixar o olhar viciado sobre a *Economic Analysis of Law*, entrelaçar aspectos de suas relações, compreender as tentativas de correção e superação da abordagem inicial dos anos 1970, o que a torna um empreendimento de reconstrução permanente.

Hoje, abrir o repensar e evitar a polarização em uma época em que poderosas forças econômicas, políticas e profissionais estimulam as Ciências Sociais e o Direito a se tornarem cada vez mais técnicos, sugere tensões que merecem ser analisadas.

²⁶ “What Gary Becker has done for economics, Posner has done for law and economics”. O que significa dizer que houve uma transformação na área de estudo (Duxbury, 2001, p. 396).

Do ponto de vista pragmático, podem-se reduzir a uma dimensão funcional as discussões jus-econômicas, o capitalismo, o bem-estar ou a democracia, por exemplo, o que não é suficiente. Não que o mundo contemporâneo possa ser compreendido em uma estrutura dual. Na verdade, ele é *policontextualizado* e *poliproblemático*, o que não dispensa a necessidade de construir proposições factíveis. Certo é que a *Economic Analysis of Law* ao tentar captar as lentes de um direito sem romantismo, contribui para entender as razões pelas quais muitos indivíduos estão mais preocupados com decisões que atendam a seus interesses particulares do que com um suposto altruísmo na esfera pública. Por esse motivo, supor uma institucionalidade “completamente diferente”, baseada no amor e na amizade (uma espécie de retorno impossível à pólis grega, visto não serem os modernos atenienses tardios) parece, com acerto, entendimento equivocado a essa concepção.

4. IMPACTOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como pode ser observado ao longo do presente estudo, *Economic Analysis of Law* (EAL) – ou Análise Econômica do Direito – quando examinada através das lentes do utilitarismo benthamiano e do pragmatismo deweyano, revela tensões fundamentais em sua aplicação às políticas públicas e à proteção de direitos fundamentais. Embora ambas as perspectivas filosóficas compartilhem um enfoque consequencialista, elas divergem radicalmente em suas premissas e implicações práticas, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro.

O utilitarismo clássico de Jeremy Bentham, com seu princípio da máxima felicidade agregada, encontrou na EAL posneriana uma tradução jurídica sofisticada através do critério de eficiência de Kaldor-Hicks. Nesta abordagem, decisões judiciais e políticas públicas são avaliadas por sua capacidade de gerar ganhos líquidos para a sociedade, mesmo quando tais ganhos implicam sacrifícios para alguns grupos. Na prática, isso se materializa em análises de custo-benefício que frequentemente dominam processos regulatórios, onde direitos fundamentais podem ser secundarizados quando confrontados com imperativos de eficiência econômica. Um exemplo emblemático ocorre na área ambiental, onde a flexibilização de normas protetivas é justificada por cálculos que mostram benefícios econômicos superiores aos

custos ambientais, ignorando a natureza qualitativa e não mensurável de direitos constitucionais como o meio ambiente equilibrado.

Contrapondo-se a esta visão, o pragmatismo de John Dewey oferece um antídoto ao reducionismo econômico ao enfatizar a natureza experimental e democrática do direito. Para Dewey, as instituições jurídicas não devem ser avaliadas por sua aderência a modelos abstratos de eficiência, mas por sua capacidade de resolver problemas concretos através de processos participativos e iterativos. Esta perspectiva tem encontrado eco em experiências inovadoras de políticas públicas, como os orçamentos participativos e os programas de transferência de renda condicionada, cujos desenhos incorporam mecanismos de avaliação contínua e ajuste com base no feedback dos cidadãos afetados. No âmbito judicial, o pragmatismo se manifesta em técnicas decisórias como o teste de proporcionalidade, que permite balancear interesses econômicos com direitos fundamentais de maneira contextualizada.

A tensão entre as duas abordagens torna-se particularmente visível em casos concretos. A reforma trabalhista brasileira de 2017, por exemplo, foi justificada com argumentos de eficiência econômica típicos da EAL utilitarista, que enxergava na flexibilização das relações de trabalho um ganho agregado para a economia. Uma análise pragmática, contudo, exigiria avaliar os efeitos reais da reforma não apenas sobre indicadores macroeconômicos, mas sobre a qualidade de vida dos trabalhadores e a distribuição de renda, com possibilidade de revisão dos instrumentos que se mostrassem ineficazes ou injustos na prática. Da mesma forma, na judicialização da saúde, enquanto uma abordagem utilitarista pode restringir o acesso a tratamentos caros com base em cálculos de custo-efetividade, o pragmatismo proporia mecanismos mais sofisticados que considerem tanto a sustentabilidade financeira do sistema quanto o impacto humano das decisões.

A superação desta dicotomia exige uma reconstrução crítica da EAL que incorpore as lições do pragmatismo deweyano sem abandonar completamente os insights do utilitarismo. Tal síntese implicaria: (1) reconhecer os direitos fundamentais como limites intransponíveis para os cálculos de eficiência; (2) desenvolver metodologias de avaliação de políticas que combinem análise econômica com participação democrática; e (3) adotar uma postura experimentalista que permita revisar e ajustar políticas com base em seus resultados concretos. Neste modelo, o mercado deixaria de ser visto como um mecanismo natural e sagrado, passando

a ser compreendido como uma instituição social que deve servir aos valores constitucionais e não o contrário.

O desafio que se coloca para os operadores do direito e formuladores de políticas públicas é, portanto, o de desenvolver ferramentas analíticas capazes de articular eficiência econômica com justiça social, sem cair nem no economicismo reducionista nem num idealismo jurídico desconectado da realidade. A Constituição de 1988, com seu compromisso simultâneo com o desenvolvimento nacional e a proteção dos direitos sociais, oferece o quadro normativo ideal para esta empreitada. Cabe aos juristas e *policymakers* brasileiros construir pontes entre estas tradições filosóficas aparentemente antagônicas, criando assim um paradigma para a análise econômica do direito que seja ao mesmo tempo rigoroso e emancipatório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitos os destaques, o percurso traçado até aqui permite destacar as conexões existentes entre utilitarismo, pragmatismo e *Economic Analysis of Law*. Se não é possível prever o futuro, é possível, contudo, tecer eventualidades que o comprometerão em um sentido diferente, em função das opções a serem ou não feitas. Disso resulta que as disparidades podem ser percebidas como diferenças provisórias, mesmo que não o sejam, considerando-se a existência de um ponto de descontinuidade histórica e a emergência de um paradigma tecnológico em que a própria informação se torna produto de um processo produtivo. Não obstante, a ideia de produtividade (ou o enigma da produtividade) é um dos temas mais questionados e questionáveis da ciência econômica, pois a sua mensuração é subjetiva, o que a torna objeto de controvérsia desde os economistas clássicos até os contemporâneos.

Dito isso, parece razoável afirmar que o pragmatismo, o utilitarismo e capitalismo contribuíram para o descrédito corrente da “contemplação” que, outrora, foi a mais alta aspiração humana. Com efeito, as condições atuais têm sido empecilho para o livre pensar e agir. É preciso pensar sem o peso de ideias preconcebidas, com base nos próprios fatos vivenciados, pois apenas como sujeitos e testemunhas da história é que possível agir e dar uma resposta a eles. Nessa esfera de mútuas incompreensões, todos se acusam, reclamam uns dos outros, e a culpa é sempre do outro.

A análise desenvolvida ao longo deste texto demonstra que a *Economic Analysis of Law* (EAL), quando submetida ao crivo crítico do utilitarismo benthamiano e do pragmatismo

deweyano, revela tanto seu potencial quanto seus limites enquanto ferramenta para a formulação de políticas públicas e proteção de direitos fundamentais. O utilitarismo, ao fornecer as bases para a noção de eficiência econômica no direito, contribuiu com métodos analíticos valiosos, mas mostrou-se insuficiente quando confrontado com a complexidade dos valores constitucionais e a necessidade de justiça distributiva. Por outro lado, o pragmatismo, com sua ênfase na experimentação democrática e na resolução contextualizada de problemas, emerge como antídoto necessário ao reducionismo econômico, oferecendo caminhos para uma aplicação mais equilibrada dos princípios da EAL.

O grande desafio que se coloca para teóricos e operadores do direito não é o de simplesmente rejeitar ou adotar a EAL, mas sim reconstruí-la sobre bases mais adequadas ao projeto constitucional brasileiro. Isso exige, em primeiro lugar, o reconhecimento de que a eficiência econômica – embora importante – não pode ser o único parâmetro para avaliação de políticas públicas e decisões judiciais. Direitos fundamentais, participação democrática e justiça social devem ser incorporados como elementos essenciais da análise, e não como meras externalidades a serem ponderadas. Em segundo lugar, é preciso desenvolver metodologias híbridas que combinem o rigor das ferramentas econômicas com mecanismos de avaliação qualitativa e participativa, capazes de captar dimensões não mensuráveis do bem-estar social.

A experiência brasileira recente, com casos como a reforma trabalhista e a judicialização da saúde, demonstra os riscos de uma aplicação acrítica da EAL desvinculada de seus pressupostos filosóficos. Ao mesmo tempo, aponta para possíveis alternativas: políticas públicas desenhadas com mecanismos de revisão periódica, decisões judiciais que utilizam testes de proporcionalidade, e instituições que promovam a participação dos afetados nos processos decisórios. Essas experiências sugerem que é possível conciliar eficiência econômica com proteção de direitos, desde que se abandone a pretensão de neutralidade técnica e se reconheça o caráter necessariamente político das escolhas jurídicas e econômicas.

O caminho *forward*, portanto, não está na rejeição da análise econômica, mas em sua humanização – isto é, na sua subordinação aos valores democráticos e constitucionais. Isso implica transformar a EAL de um instrumento de racionalização técnica em uma ferramenta a serviço da emancipação social, capaz de contribuir para a construção de um desenvolvimento econômico que seja, ao mesmo tempo, sustentável e incluyente. No contexto brasileiro, marcado por profundas desigualdades e por uma Constituição comprometida com a justiça

social, essa tarefa não é apenas acadêmica, mas profundamente política e jurídica. Cabe aos juristas, economistas e formuladores de políticas o desafio de levar adiante essa reconstrução crítica, criando assim possibilidades para o direito e para a economia no século XXI.

6. REFERÊNCIAS

AVELÃS NUNES, António. **Noção e objeto da economia política**. Coimbra: Almedina, 2013.

BARRETTO, Vicente de Paulo. (coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University Press, 1976.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3856218/mod_resource/content/1/BERCOVICI%2C%20G.%20O%20ainda%20indispens%C3%A1vel%20D.%20E..pdf. Acesso em: 23 mai. 2022.

CALABRESI, Guido. Of Law and Economics and Economic Analysis of Law. In: CALABRESI, Guido. **The future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection**. Yale Scholarship Online, 2016, p. 1-20.

CAMPBELL, Colin. **A ética romântica e o espírito do consumismo moderno**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. 1960. Disponível em: <http://www.ycu.edu.cn/upload/20181101111250375.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2022.

COPETTI NETO, Alfredo. Entre o princípio da utilidade e o princípio da maximização da riqueza; ou, o que permanece da filosofia política utilitarista de Jeremy Bentham no movimento Law and Economics difundido na University of Chicago? **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 27, n. 1: 79-92, jan./jun, 2011. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume271/04.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2017.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. **Scientiae studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 227-243, 2007. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ss/a/Wv6XLVVPCYXvZfmwNhGH9gb/?lang=pt&format=pdf>.

Acesso em: 22 mai. 2022.

DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. New York: Oxford, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra : Almedina, 2012.

FERRAZ JR, Tércio. O futuro do direito. **REVISTA USP**, São Paulo, n.74, p. 6-21, jun./ago., 2007. Disponível em: www.revistas.usp.br/revusp/article/download/13599/15417/. Acesso em: 18 dez. 2018.

HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner, Economics and the Law: from Law and Economics to na Economic Analysis of Law. **Journal of the History of Economic Thought**, v. 31, n.2, p. 215 –232, 2009.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HYLTON, Keith N. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. No. 17-40 Boston University School of Law, **Law and Economics Research Paper Series**, n. 17 – 40, p. 1 –12, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=faculty_scholarship. Acesso em: 20 mai. 2022

HORKHEIMER, Max. Meios e fins. In: HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002, cap. I.

KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. **International Review of Law and Economics**, 23, p. 421-437, 2004.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à sociedade pós-moderna**. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LOPES, José Reinaldo Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista do Direito Público da Economia** – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez., 2004.

LUCAS, Javier de. Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad. **DOXA** – 6 (1989).

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. **Releitura do diálogo entre Richard Posner e Ronald Dworkin sobre a Law and Economics e a Análise Econômica do Direito**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019.

MAGALHÃES, Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega; CARNEIRO FILHO, Humberto João Carneiro. Uma análise econômica da socialidade nos contratos privados relacionais. **Revista Direito em Debate**, 28 (52), 2019, p. 251-266. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8851>.

Acesso em: 22 mai. 2022.

MEDEMA, Steven G. Sidwick's utilitarian analysis of law: a bridge from Bentham to Becker? **American Law and Economics Review**, p. 30-47, jun., 2007.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13. 655/2018), p. 43-61, nov., 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em: 23 mai. 2022.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

POSNER, Richard A. **The Economic Approach to Law**. 1975. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles. Acesso em: 18 mai. 2022.

SALAMA, Bruno Meyeroh. **O que é “Direito e Economia”?**. 2013. Disponível em <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 4 set. 2017.

SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel J. Can pragmatism be radical? Richard Posner and legal pragmatism. **The Yale Law Journal**, vol. 113, n. 3, p. 687-741, dez., 2003.

Tempos Modernos. Direção de Charles Chaplin. Estados Unidos da América: Continental, 1936. (87 min.).

Sobre o autor:

Elpídio Paiva Luz Segundo | E-mail: elpidioluz@gmail.com

Doutor e mestre em Direito pela UNESA/RJ. Graduado em Direito pela PUC Minas. Professor da FAVENORTE/MG. Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social