

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DEBATE ENTRE
RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN**

SÃO PAULO - SP

2015

LUIZA TUMA DA PONTE SILVA

**O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DEBATE ENTRE
RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN**

Monografia apresentada à Banca Examinadora Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC - como requisito parcial para a obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Roberto Dias da Silva.

SÃO PAULO– SP

2015

LUIZA TUMA DA PONTE SILVA

**O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DEBATE ENTRE
RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

Data da entrega: 10/02/2015

Conceito:

Banca Examinadora

_____ - Orientador

Prof. Roberto Dias da Silva.
Doutor em Direito

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

_____ - Examinador

Prof.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SÃO PAULO - SP

2015

*Aos meus pais, Marisa e Aldemar, às irmãs,
Marina e Natália e à amiga querida, Loiane
Verbicaro.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, pela esplêndida força que sempre me deu, me fazendo acreditar que todos os meus sonhos são possíveis e só dependem do meu esforço e dedicação. Agradeço aos meus familiares, especialmente, aos meus pais e as minhas irmãs, por todo apoio que sempre me deram, indicando qual caminho seguir e me fazendo crescer em todos os sentidos. Todas as minhas conquistas serão dedicadas a vocês. Vocês serão eternizados em minha vida. A amiga Loiane Verbicaro, por todo o conhecimento repassado e por todo o auxílio e amizade durante esta caminhada. E aos meus professores – em especial meu orientador, Roberto Dias da Silva, o qual foi incansável em me passar todos os ensinamentos necessários para o desenvolvimento deste estudo. Não poderia ter sido orientada por pessoa mais qualificada. Deixo o meu muito obrigado por todo o aprendizado, o levarei da comigo durante toda a minha carreira.

“Se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça do presente – obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual estão excluídos em todos os sentidos-, então devemos rejeitar esse futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como o nosso futuro.”

Ronald Dworkin

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo principal apresentar a teoria do doutrinador Richard Posner, sobre a maximização da riqueza da sociedade a partir de decisões judiciais, também denominada análise econômica do direito. Inicialmente, são abordados os fundamentos éticos e políticos da maximização da riqueza, enfatizando-se a relação entre esta e a justiça, dentre outros aspectos. Posteriormente, é apresentada a teoria de Ronald Dworkin, confrontando veemente os argumentos esposados por Posner acerca da maximização da riqueza social por meio da atuação dos juízes em ações judiciais. A seguir, é feito um estudo mais aprofundado sobre a teoria de Dworkin sobre os direitos, destacando-se os direitos como limitadores de conduta, a política de Dworkin, os direitos das minorias e a prevalência da teoria de Dworkin sobre a teoria de Posner relativa à maximização da riqueza, evidenciando ainda a importância dos direitos assegurados em instrumentos legais, bem como, sua devida aplicação aos casos concretos por meio de regras e princípios.

Palavras-Chave: Maximização da riqueza social. Análise econômica do direito. Decisões judiciais. Aplicação de regras e princípios.

ABSTRACT

This study has the main objective of presenting the theory of Richard Posner, about the maximization of the wealth from judicials decisions, called as well análise economical analyses of the law. Initially, the ethical and political foundations of wealth maximization are discussed, with emphasis on the relationship between this and justice, among other aspects. Later, the theory of Ronald Dworkin is presented, strongly confronting the arguments espoused by Posner about the maximization of social wealth through the work of judges in lawsuits. Next, further study is done on Dworkin's theory of rights, emphasizing the rights as limiting of conduct, Dworkin policy, minority rights and the prevalence of Dworkin's theory of Posner's theory on the maximization of wealth, still showing the importance of rights guaranteed in legal instruments, as well as its proper application to concrete cases through rules and principles.

Keywords: Maximization of social wealth. Economic analysis of law. Judicial decisions. Application of rules and principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 OS FUNDAMENTOS ÉTICOS E POLÍTICOS DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA SEGUNDO RICHARD POSNER	12
2.1 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO UM CONCEITO ÉTICO.....	12
2.2 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E A JUSTIÇA.....	13
2.3 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O UTILITARISMO.....	15
2.4 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO...	18
2.5 AS RESTRIÇÕES DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO NORMA ÉTICA FUNDADA NO CONSENTIMENTO.....	23
2.6 AS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A EFICIÊNCIA DO <i>COMMON LAW</i>	24
2.7 A EFICIÊNCIA DO <i>COMMON LAW</i> EM DETRIMENTO AO UTILITARISMO.....	25
2.8 OS JUÍZES E A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA.....	26
3 AS FRAGILIDADES DA TEORIA DE POSNER QUANTO À MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA.....	28
3.1 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA É UM COMPONENTE DO VALOR?.....	28
3.2 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O UTILITARISMO.....	32
3.3. O ASPECTO DESCRITIVO DA ANÁLISE ECONÔMICA.....	35
3.4 OS ARGUMENTOS DO CONSENTIMENTO E DO INTERESSE.....	37
4 TEORIA DE RONALD DWORKIN SOBRE OS DIREITOS.....	43
4.1 OS DIREITOS BÁSICOS COMO LIMITADORES DE CONDUTA.....	43
4.2 A POLÍTICA DE DWORKIN.....	48
4.3 A JUSTIÇA E AS MINORIAS.....	49
4.4 A PREVALÊNCIA DA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN SOBRE A TEORIA DE RICHARD POSNER RELATIVA À MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA SOCIAL.....	52
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo principal a abordagem dos fundamentos que justificam a prevalência dos direitos do indivíduo face à maximização da riqueza da sociedade, utilizando-se, para tanto, o método exploratório de base qualitativa, por meio de pesquisa teórica.

O trabalho aborda em seu primeiro capítulo os fundamentos éticos e políticos que justificam a maximização da riqueza segundo o doutrinador Richard Posner. O capítulo aborda a maximização da riqueza como um conceito ético, justificando a razão pela qual a riqueza seria um objetivo digno a ser alcançado.

A potencialização da riqueza social também é apresentada como fonte de justiça que justificaria a atuação dos magistrados no sentido de introduzi-la em seus julgados.

O capítulo relaciona também a maximização da riqueza social ao utilitarismo, explicando que deve-se prezar por pessoas produtivas, que forneçam mais riqueza para a sociedade que retirem dela. Afirma também que, em se tratando de um critério que restrinja o critério de maximização da riqueza a critérios livres e reais, qualquer transação voluntária deve automaticamente aumentar a riqueza de uma sociedade e, havendo uma política distributiva de riqueza, tal política teria o condão de reduzir a criminalidade e até de estimular um caráter altruísta entre os indivíduos.

Posner apresenta ainda, dentre outros fundamentos que justificariam a atividade judicante que aumentasse a renda social, os princípios do consentimento e do interesse, os quais demonstrariam que tal forma atividade judicial já estaria previamente aceita pela sociedade, sendo, inclusive, de seu próprio interesse que se perpetuasse tal função dos magistrados.

Nesse passo, o segundo capítulo aborda a teoria do doutrinador Ronald Dworkin, a qual apresenta as fragilidades da teoria de Richard Posner quanto à maximização da riqueza, demonstrando se tratar de teoria desprovida de qualquer fundamento filosófico defensável.

O doutrinador explana que a maximização da riqueza não se trata, necessariamente de objetivo digno a ser alcançado pela sociedade,

afirmando que nem sempre uma sociedade mais rica seja necessariamente mais justa e feliz.

Ademais, salienta que os denominados argumentos de consentimento e os argumentos de interesse não possuem guarida alguma, sendo incapazes de justificar a atuação dos juízes de modo a maximizar a riqueza social.

Dworkin é um dos principais defensores de uma leitura moral da Constituição, defendendo assim que os magistrados analisem as peculiaridades de cada caso que lhe seja apresentado em vez que proferir decisões genéricas que tenham como foco exclusivo o crescimento ou desenvolvimento da sociedade.

Quanto ao terceiro capítulo, diante da esposada discussão entre os doutrinadores supramencionados sobre os impactos econômicos das decisões judiciais, há um aprofundamento relativo à Teoria dos Direitos de Ronald Dworkin, destacando os direitos básicos do indivíduo como limitadores de conduta, a política de Dworkin, os direitos das minorias e ainda, a prevalência da teoria de Dworkin sobre a teoria da maximização de Richard Posner.

É enfatizado, portanto, a essencialidade e a importância dos direitos do cidadão, os quais devem ser observados pelos magistrados quando proferem sentenças, bem como, é ressaltada que os direitos são verdadeiras conquistas da humanidade e não podem ser violados ou desprezados sob a alegação de um fim maior de maximização da riqueza da sociedade.

2 OS FUNDAMENTOS ÉTICOS E POLÍTICOS DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA SEGUNDO RICHARD POSNER

2.1 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO UM CONCEITO ÉTICO

O termo valor, em economia, é tradicionalmente atrelado ao valor de troca, o qual será mensurado no âmbito de um mercado.

Nesse sentido, Richard Posner explica que do conceito de valor deriva o de riqueza da sociedade, como soma de todos os bens e serviços no interior desta, calculados pelo valor que possuem¹.

Logo, de antemão, constata-se que, para Posner, a riqueza é um valor, sendo esta, inclusive, o único ou mais importante dos valores.

Portanto, o conceito de valor está atrelado àquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não, na felicidade que será obtida através de sua aquisição. Todavia, enquanto o valor implica, obrigatoriamente, em utilidade, esta não implica necessariamente em valor.

Desse modo, extrai-se que a riqueza da sociedade é a totalidade da manifestação de preferências financeiramente sustentadas, ou seja, que podem ser constatadas em um mercado, explícito, implícito ou até, hipotético.

Posner entende, quanto à distribuição dessas riquezas na sociedade, que o próprio juiz possui a capacidade de determinar, com alguma precisão, a melhor forma de alocação de recursos que potencializaria a maximização da riqueza de uma sociedade.

Logo, constata-se que, para o autor, os magistrados exerceriam uma função de grande relevância para a sociedade, haja vista que, por meio de suas decisões, devem maximizar a riqueza social, ou seja, devem prolatar um entendimento, independentemente de uma análise minuciosa de cada caso, que aumente a renda, a produtividade da sociedade.

No que tange aos conceitos de riqueza e felicidade supramencionados, cumpre destacar que não são sinônimos. Não se tem fundamentos para afirmar que um indivíduo rico seja necessariamente feliz. Tal máxima pode ser vislumbrada pelo fato de que os habitantes de países

¹ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 73.

ricos não parecem mais felizes que os de países pobres, embora se verifique que, dentro de cada país, os ricos pareçam mais felizes que os pobres².

Nesse contexto, cabe trazer à baila os ensinamentos de Posner sobre a questão em tela:

Portanto, a riqueza não é sinônimo de felicidade. Mas, além disso, traduzindo em linguagem econômica essa mesma constatação, seres humanos não são meros maximizadores de riqueza. A riqueza é um aspecto importante das preferências dos indivíduos, e a maximização da riqueza lembra portanto o utilitarismo por dar força significativa às preferências; mas não representa o total delas. É por isso que a teoria econômica pressupõe os indivíduos como maximizadores de utilidade em um sentido abrangente e utilitarista. Esta é também uma das razões da frequente confusão entre economia e utilitarismo como sistemas éticos³.

Portanto, Posner esposou, de forma cristalina, que a riqueza e a felicidade não podem ser consideradas como sinônimos, ainda que cada um desses conceitos possa ser facilmente relacionado com o outro. Não se pode olvidar que a riqueza deve ser levada em consideração no que concerne às preferências dos indivíduos, pois cada um gastará sua renda naquilo que lhe trouxer maior satisfação e, este raciocínio traz à tona a doutrina utilitarista, pois a riqueza, que é considerada como um valor implica necessariamente, segundo Posner, em utilidade.

2.2 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E A JUSTIÇA

A riqueza, conforme esposado alhures, está vinculada à utilidade, contudo, a busca pela riqueza, pautada em um modelo de transação voluntária de mercado, está mais diretamente relacionada às escolhas e preferências individuais que ao utilitarismo propriamente dito.

Note-se que há outros valores que podem ser bem sustentados na maximização da riqueza, como é o caso da liberdade econômica. Ressalte-se, inclusive que, na opinião dos economistas, o livre mercado também maximiza a riqueza de uma sociedade.

² POSNER, Richard A. Op. cit. p. 77.

³ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 77-78.

Dentre os vários motivos que sustentam o princípio da maximização da riqueza como um princípio moral de grande coerência e razoabilidade, deve-se enaltecer que este fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva⁴.

Torna-se cristalino que o princípio em apreço e a noção de justiça distributiva e corretiva estão diretamente interligados. Posner explica que o princípio da maximização da riqueza preestabelece a criação de um sistema de direitos individuais e de propriedade que, ao menos em tese, se aplicaria a todas as coisas escassas. É imperioso que tais direitos sejam devidamente estipulados devido ao custo para assegurá-los.

Deve-se romper o paradigma de que direitos e economia sejam institutos incompatíveis. Na verdade, ambos estão diretamente relacionados e podem ser facilmente visualizados quando se trata, por exemplo, da teoria dos direitos de propriedade, por ser o direito de excluir todas as outras pessoas do uso de algum recurso escasso. Ademais, um direito dessa espécie é absoluto dentro de seu domínio, uma vez que aquele que não possui determinado bem sobre o qual outrem disponha o direito de propriedade, não poderá retirar o direito do segundo alegando o bem estar da sociedade⁵.

Desse modo, o que faz o direito ser absoluto está concatenado ao fato de que não se pode extingui-lo ou transferi-lo sem o consentimento de seu detentor ou sob a alegação de bem estar social.

Portanto, ratificando a tese de que os direitos e a economia estão diretamente relacionados, constata-se que os denominados direitos absolutos exercem uma relevante função na teoria econômica do direito. Os economistas recomendam a criação desses direitos quando os custos de transação forem baixos, contudo, quando os custos de transação forem proibitivos, não se sugere a utilização de direitos absolutos⁶.

Partindo-se do pressuposto que os custos de transação não são zero, cumpre estabelecer a atribuição de direitos. Assim, sendo os custos de transação positivos, ainda que baixos, o princípio da maximização da riqueza

⁴ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 83.

⁵ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 84.

⁶ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 84.

estipula que os direitos devem ser inicialmente concedidos àqueles que, provavelmente, os valorizarão mais, de forma a minimizar os custos de transação.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração no que concerne à distribuição inicial de direitos diz respeito à ineficiência dos monopólios, ou seja, afirma que os direitos devem ser distribuídos em pequenos grupos e concedidos a indivíduos dispersos, uma vez que se apenas um único indivíduo concentrasse todos os serviços consigo, inevitavelmente, a sociedade não iria auferir riquezas.

No que tange à relação entre a denominada justiça corretiva e a maximização da riqueza, cumpre explicar que, se um ato ilícito resulta em dano, torna-se imperioso que se adote alguma medida de retificação com vistas a que a eficiência dos recursos não seja prejudicada. Destarte, constata-se que o conceito de um ato de injustiça seria aquele que diminui a riqueza da sociedade.

Torna-se cristalino que se não houver qualquer tipo de sanção para atos de injustiça, que irão diminuir a riqueza da sociedade, os mesmos tornarão-se, cada mais, comuns.

Nesse contexto, vislumbra-se ainda, segundo Posner, que a ausência de parcialidade distributiva no julgamento de casos embasados por esses atos injustos, também acarretaria na diminuição da riqueza. Portanto, requer-se aqui uma correta aplicação da lei a cada caso, de modo a repelir a ocorrência e repetição de atos injustos, os quais afetam de forma negativa a consagração do princípio da maximização da riqueza social.

É evidente, portanto, que o princípio da maximização da riqueza lança bases não apenas para uma teoria de direitos, mas alcança também a atuação judicial e a aplicação de lei, propriamente dita, visando afastar qualquer obstáculo que impeça o aumento da riqueza na sociedade.

2.3 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O UTILITARISMO

Consoante explicado alhures, Richard Posner entende que os direitos devem ser conferidos aos indivíduos que os valorizarem mais, desse modo,

os custos de transação seriam minimizados e haveria a maximização da riqueza social.

Ainda nessa linha de raciocínio, o autor destaca outra teoria que está relacionada à maximização da riqueza: o utilitarismo.

Posner explica, de antemão, que pessoas produtivas dão mais à sociedade que retiram dela, ou seja, o autor enaltece as habilidades individuais do cidadão, afirmando que aqueles que nascem desprovidos delas, como é o caso daqueles que possuem algum tipo de retardamento, teriam o produto social líquido negativo, não tendo sequer meios necessários para o seu sustento próprio⁷.

No que tange aos estrangeiros, explica que a imigração apenas será interessante e maximizará a riqueza na hipótese do indivíduo obter uma renda superior àquela que obtinha antes. Desse modo, repise-se o argumento anterior, pois, o imigrante, ao auferir custos superiores ao seu sustento, dará em contribuições para a população mais do que extrairá dela em bens e serviços. Logo, tal imigração também levaria à maximização da riqueza. Portanto, constata-se que, desde que as externalidades negativas da imigração sejam integralmente internalizadas pelos próprios imigrantes, esta fará aumentar a riqueza média da população existente.

Desse modo, não se pode olvidar que o utilitarismo possui problema de mensuração, mas Posner afirma que tal enclave poderia ser resolvido desde que se restrinja o critério da maximização da riqueza da sociedade a mercados reais, livres de problemas mais graves de monopólio e externalidades. Desse maneira, qualquer transação voluntária que venha a ocorrer em um mercado deve, automaticamente, aumentar a riqueza daquela sociedade. Note-se que tal entendimento não converge com o princípio de Pareto, pois este último é um princípio de utilidade, ao passo que o princípio da maximização da riqueza é um princípio tautológico⁸.

Posner se atém ainda aos efeitos de uma política distributiva de riqueza, ressaltando, no que tange às consequências de uma distribuição

⁷ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 92.

⁸ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 95.

mais homogênea de riqueza, que isso implica na redução da criminalidade e, conseqüentemente, dos custos de crime.

Outra consequência enfatizada por Posner oriunda da redistribuição mais equitativa de renda seria o altruísmo das pessoas, haja vista que quando elas estão dispostas a transferir sua renda para outras pessoas, especialmente, àquelas mais carentes, isto poderia justificar maiores esforços públicos direcionados à redução da pobreza. Contudo, o próprio autor entende que essa forma de distribuição é mais limitada que aquela disponível aos utilitaristas, uma vez que um número bastante reduzido de pessoas são tão altruístas ao ponto de quererem atingir uma situação na qual serão mais pobres que o mundo todo.

Nesta senda, constata-se que o princípio da maximização da riqueza possui algumas limitações, como é o caso da que trata do caráter altruísta das pessoas, contudo, é notório que o princípio em tema possui um forte efeito redistributivo.

Um cristalino exemplo de sua força redistributiva é a possibilidade, consoante anteriormente esposado, de dedução de um sistema de direitos e, uma vez estabelecidos, serão vendidos, permutados ou utilizados de modo a prover uma maior renda aos seus proprietários. De forma geral, o autor explica que as pessoas ricas serão aquelas que mais trabalharem ou tiverem suas capacidades exploradas da melhor forma possível. Ademais, constata-se que a distribuição de direitos, derivada da maximização da riqueza, gera a distribuição de renda.

Posner entende que os indivíduos em geral devem trazer riquezas para a sociedade, especialmente, por meio do trabalho. Partindo dessa linha de raciocínio, conforme já esposado, até o imigrante, que trabalhe de modo a produzir mais do que consumir, deixa mais à sociedade que retira dela. Posner não idealiza indivíduos improdutivos e que, conseqüentemente, não geram uma maior riqueza à sociedade.

Nesse sentido, cabe trazer os ensinamentos de Posner sobre a questão em tela: "(...) "É improvável que o ostracismo, a expulsão ou a

segregação de um grupo produtivo de indivíduos aumentasse efetivamente a riqueza de uma sociedade⁹.

Ultrapassado este aspecto, Posner analisa se a abordagem econômica do direito produz resultados incoerentes com as instituições morais. O autor aduz que o “monstro utilitário” não consegue se inserir em um sistema de ética pautado na maximização da riqueza. Em um lógica utilitarista, não há nenhum tipo de restrição orçamentária que venha a frear o “monstro utilitário”, ao passo que em um sistema de maximização da riqueza, as atividades do monstro possuem limitações de ordem econômica e suas vítimas são protegidas por um sistema de direitos¹⁰.

Nesse passo, constata-se que a diferença entre moral utilitarista e econômica está relacionada ao fato de que a primeira, ainda que professe comprometimento com o bem estar social, acaba por atribuir valor a características antissociais, como a inveja e a crueldade, por ambas serem fontes comuns de satisfação pessoal, bem como, de utilidade. Em contrapartida, a riqueza não parte do mesmo raciocínio da lógica utilitarista, pois a riqueza legalmente obtida surge dos trabalhos feito para outrem, oferecendo-se, assim, a esses terceiros negócios mais vantajosos. Não se olvidando que o trabalho produz *superávit* do consumidor, entendimento que não se aplica ao ócio ou ao cidadão improdutivo.

Portanto, verifica-se que o princípio da maximização da riqueza tem a capacidade de contornar algumas das dificuldades éticas introduzidas pela maximização da utilidade, contudo, há ainda melhores formas de justificar a maximização da riqueza, de modo a desvinculá-la do utilitarismo, consoante se visualizará adiante.

2.4 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO

Inicialmente, Posner explana que a superioridade de Pareto, critério que considera uma forma de alocação de recursos superior a outra se tiver o condão de melhorar a situação de, no mínimo, uma pessoa sem piorar a de

⁹ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 102.

¹⁰ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 110.

ninguém, foi o método adotado para o problema clássico do utilitarismo, isto é, o de mensurar a quantidade de felicidade das pessoas para avaliar os efeitos de uma política na utilidade total da sociedade.

Contudo, não se pode olvidar que o critério de Pareto é inviável, haja vista que não há como se medir diretamente a utilidade. Logo, a única forma de demonstração da superioridade do critério de Pareto seria por meio de uma modificação na alocação de recursos, mostrando que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas por determinada política, o que também não se consegue materializar de forma pragmática.

Nesse passo, Posner aduz que é possível também incluir no critério de Pareto um pouco da filosofia proposta por Kant, especialmente, no que tange ao consentimento, isto é, o autor refere-se ao critério com ênfase Kantiana no que concerne ao tratamento das pessoas como fins e não, como meios. Por esta óptica, os conceitos de Pareto e autonomia de Kant estariam diretamente interligados.

Diferentemente do que propõe o critério de Pareto, Posner apresenta também o denominado critério de Kaldor-Hicks, ou maximização da riqueza, o qual propõe uma ideia diversa, ou seja, não exige que ninguém saia prejudicado de uma alocação de recursos, mas determina que o aumento no valor dos beneficiados seja suficiente para compensar de forma integral aqueles que foram prejudicados.

Desta forma, pode-se utilizar a palavra “eficiência” no sentido de Kaldor-Hicks, com vistas a justificar a ideia de que um governo, por exemplo, sempre poderia transformar um aumento da riqueza em um aperfeiçoamento de Pareto, desde que ofereça, com os dividendos dos ganhadores, compensação aos prejudicados¹¹.

Desse modo constata-se que, Kaldor-Hicks sugere que caso os prejudicados mereçam algum tipo de compensação devido à implantação de determinada política, o governo deve oferecê-la a eles. Assim, um aumento na riqueza se transformará em um aperfeiçoamento de Pareto. Contudo, Posner aduz que tal raciocínio apenas seria possível se o governo tomasse decisões pautadas na ética.

¹¹ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 110.

Esclarecidos os conceitos de Pareto e Kaldor-Hicks, Posner sugere a conciliação desses conceitos por meio da ideia de consentimento. O doutrinador entende que o consentimento é o fundamento operacional do critério de Pareto¹².

A forma de consentimento em questão seria a compensação *ex ante*. O doutrinador exemplifica a questão da seguinte forma:

(...) Meu ponto de vista é que uma pessoa que compra uma bilhete de loteria e não ganha o prêmio “consentiu” com a perda, desde que a questão não envolva fraude ou coação. Ao menos, renunciou a qualquer objeção ao resultado do sorteio, presumindo a inexistência de fraude na loteria¹³.

Nessa senda, Posner explica que diversas perdas voluntárias que ocorrem diariamente no mercado ou que são toleradas por determinadas instituições são integralmente compensadas *ex ante*, logo, recebem consentimento prévio para tanto.

Portanto, constata-se que o conceito de compensação *ex ante* reforça o princípio do consentimento e, conseqüentemente, a maximização da riqueza, pois o indivíduo consente com perda de determinado prêmio, sem que haja qualquer tipo de fraude ou coação.

O doutrinador apresenta também outra questão delicada, que poderia vir a comprometer o princípio do consentimento. Trata-se de instituição não ligada ao mercado, mas maximadora de riqueza: a responsabilidade civil por negligência, instituto plenamente aplicável aos casos de acidente de automóvel.

Em um sistema pautado na negligência, segundo Posner, evidencia-se também outro tipo de compensação, seria a compensação *ex post*. Nesse sentido, cabe trazer à baila um pouco mais sobre a questão telada:

Se um motorista é ferido por outro em um acidente do qual nenhum dos dois é culpado, em que sentido o motorista ferido consentiu em não ser compensado pelo dano (ou absteve-se de fazer qualquer objeção a isso), que é o que ocorre sob um sistema baseado na negligência? Para responder essa pergunta, precisamos ter em conta os efeitos da exigência de compensação *ex post* – como ocorre na responsabilidade objetiva – sobre os custos de dirigir. A hipótese mais provável é que os custos seriam

¹² POSNER, Richard A. Op. cit. p. 112.

¹³ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 112.

mais altos, pois, do contrário, o sistema baseado na negligência não seria maximizador da riqueza e não surgiria a necessidade de justificar a maximização da riqueza a partir do princípio do consentimento.

Desta forma, indaga-se se os motoristas assumiriam custos mais altos para preservar o princípio da compensação *ex post* e o próprio Posner responde que, provavelmente, não assumiriam. Nesse caso, presume-se que qualquer motorista que deseje assegurar compensação em caso de acidente, independentemente de culpa do lesante, deve adquirir um seguro pessoal ou seguro de acidente. Tais custos seriam inferiores ao da possível obtenção de compensação *ex post* em um sistema de responsabilidade objetiva¹⁴.

Nesse passo, Posner afirma que sua análise quanto ao consentimento, com vistas a justificar instituições como a da responsabilidade civil por negligência, tratar-se-ia de consentimento fictício e não, explícito.

O doutrinador explica o seu entendimento, salientando não ser possível detectar um método prático e efetivo de obtenção de conhecimento explícito, especialmente, em institutos como a responsabilidade civil por negligência ou mesmo o próprio mercado.

Diante deste impasse, não se poderia afastar a aplicação do princípio do consentimento, justamente por não haver mecanismos confiáveis no que tange à obtenção do consentimento expresso. Portanto, o autor sustenta que o consentimento implícito ou, hipotético, já seria o suficiente para materializar o princípio do consentimento.

Posner exemplifica a questão, comparando ao caso em que um juiz determina as intenções das partes quando este se depara com um contrato omissivo quanto a determinado aspecto. Dessa maneira, Posner destaca a importância do consentimento implícito.

Nesse passo, O autor enfatiza outro argumento que evidenciaria o fracasso do princípio da consentimento no que tange à justificação das instituições maximizadoras da riqueza. A alegação é sentido de que o consentimento raramente é unânime.

¹⁴ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 112.

O autor argumenta que nenhuma instituição jamais conseguiria obter a anuência de todos, mesmo que se tratasse de consentimento implícito ou hipotético.

Ademais, Posner explica ainda que usa o termo “consentimento” seria excêntrico do ponto de vista linguístico, haja vista que uma pessoa poderia consentir com uma instituição que não lhe dê o direito de ser compensada no final por determinado dano, como no caso de um cidadão que concorre em um sorteio lícito da loteria e perde. Neste caso, seria incoerente afirmar que a perda que o cidadão sofreu foi injusta¹⁵.

Posner afirma que este tipo de ação traz consigo certos riscos, os quais possuem correspondência em determinadas compensações e cuja materialização está, destarte, inserida no raio de ação do acordo.

Diante da abordagem apresentada pelo autor, ele levanta a seguinte questão e logo, em seguida, a responde:

(...) por que não deveria o princípio normativo da sociedade ser, em vez da maximização da riqueza, a proteção e o aprimoramento da autonomia pessoal, valor que subjaz ao princípio do consentimento? A resposta é que a mera adesão literal ao critério da superioridade de Pareto seria paralisante. Assim, a ética da autonomia pessoal, interpretada e aplicada sem preocupação com suas consequências para o bem-estar humano, produziria, (...) conforme admitem os pensadores contemporâneos do direito seguidores de Kant, uma infelicidade considerável. A maximização da riqueza como norma ética valoriza a utilidade (embora não tanto quanto o utilitarismo), assim como o consentimento, embora talvez menos que o próprio Kant tenha valorizado¹⁶.

Dessa forma, constata-se que o princípio normativo a ser destacado é o da maximização da riqueza, em vez da autonomia pessoal, por exemplo. A autonomia pessoal, quando aplicada sem que se observe o bem-estar geral, produziria uma infelicidade grande. Logo, ao se utilizar como parâmetro a maximização da riqueza, prioriza-se tanto a utilidade da decisão para a sociedade, de forma geral, quanto o consentimento.

¹⁵ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 117.

¹⁶ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 118.

2.5 AS RESTRIÇÕES DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO NORMA ÉTICA FUNDADA NO CONSENTIMENTO

Posner explana que, para que o consentimento tenha o condão de justificar, de forma ética, as instituições sociais que maximizam a riqueza, torna-se imperioso que se destaque duas ressalvas.

A primeira seria no sentido de que, a distribuição promovida por uma política maximizadora de riqueza é considerável e esperada, logo, torna-se difícil a imputação de um amplo consentimento desvinculado de uma compensação.

Nesse passo, Posner justifica seus estudos sobre os fundamentos éticos relativos à maximização da riqueza por entender que esta era um valor pouco atraente para se atribuir aos juízes do *common law*. Contudo, no contexto da jurisprudência do *common law*, se verifica uma maior plausibilidade na fundamentação da riqueza pautada no consentimento.

Há normas que regulam aquisição e transferência de direitos de propriedade, a redação e execução dos contratos, a responsabilidade civil para acidentes e para os tipos de agressão criminalizados pelo *common law*. É cediço que todos estes institutos possuem embasamento em um amplo consenso e beneficiam uma gama de indivíduos¹⁷.

A segunda ressalva está relacionada com a distribuição inicial de direitos de propriedade, especialmente, no que concerne à maximização da riqueza e o consentimento.

Na hipótese da mão de obra de uma pessoa valer mais para um terceiro do que para ela própria, não torna legítima e eficiente a escravização daquela perante este. A escravidão é completamente incompatível com o princípio do consentimento. O autor explana que hipóteses como essas são raras, mas existem. Nesses casos, entende-se que, de fato, a escravidão maximizaria a riqueza, contudo, não se conseguiria obter o consentimento das pessoas.

Posner explica que existem situações em que se detecta tal hipótese, mas as mesmas não são denominadas de escravidão, como é o caso, por

¹⁷ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 122.

exemplo, do serviço militar obrigatório. Nesses casos, pode-se aduzir que a eficiência, no sentido de maximização da riqueza, pode ficar acima da autonomia das pessoas.

2.6 AS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A EFICIÊNCIA DO *COMMON LAW*

O autor entende que o *common law* deve ser caracterizado pelo promoção de eficiência, contudo ele afirma também que tem faltado um motivo convincente que justifique essa caracterização.

Posner explica que a teoria do Estado pautada no “interesse público” afirma que é objetivo do Estado garantir a promoção das metas sociais de interesse geral, ressaltando-se que, dentre as metas, se encontra a referida eficiência. Desse modo, para que esta seja promovida, o Estado organiza a distribuição dos “bens públicos”, os quais alcançam àqueles que pagam e àqueles que não pagam por eles. Destaque-se que um desses bens públicos é um sistema jurídico que tenha o condão de corrigir as fontes de falha do mercado, como é o caso das externalidades¹⁸.

Nesse passo, cumpre ressaltar que a teoria do interesse público é amplamente atacada pelos defensores dos denominados “grupos de interesse”, os quais priorizam a redistribuição como objetivo principal das políticas públicas. Note-se que a teoria dos “grupos de interesse” é uma teoria econômica que associa ação governamental à maximização de utilidade por parte dos indivíduos que buscam essa ação¹⁹.

Ressalte-se ainda que, as doutrinas do *common law* que observam o critério da superioridade de Pareto, nos moldes do princípio do consentimento, poderiam ser compatibilizados a um sistema de atividades redistributivas. Nesse sentido, uma norma que esteja de acordo com o princípio do consentimento não pode ser modificada, pelo menos no que tange aos instrumentos disponíveis aos juízes do *common law*, de modo a privilegiar, redistribuindo a riqueza, em favor de um grupo de interesse político efetivo.

¹⁸ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 124.

¹⁹ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 124.

Dessa forma, constata-se que a potencial utilização do *common law* para efetivar a redistribuição de riqueza não é grande. Logo, tal sistema não possui o condão, por si só, de garantir a maximização da riqueza social.

Verifica-se que os denominados grupos de interesse influenciam bastante no que concerne à orientação de políticas públicas. Contudo, é imperioso que se ressalte que, ao defenderem normas da eficiência em áreas reguladas pelos instrumentos do *common law*, os grupos mencionados, provavelmente, defenderão seus interesses próprios. Ao procederem desta forma, acabam por concentrar a riqueza da sociedade em determinados grupos.

Nesse contexto, cumpre trazer à baila os entendimentos de Posner quanto à atuação dos juízes:

Essa análise trata os juízes como meros agentes do Estado e não enfrenta, portanto, as dificuldades que a independência política do judiciário apresenta a qualquer teoria comportamental dos integrantes desse poder baseada no interesse próprio. Esse é um problema para a economia da ação. O objetivo da presente análise é relacionar a teoria da eficiência do *common law* à teoria do Estado fundada na redistribuição, ou nos grupos de interesse, a despeito da obscuridade de alguns elos da cadeia²⁰.

Assim, o que determina, de fato, se o governo promoverá a eficiência ou a redistribuição da riqueza são os temas e métodos de regulamentação e não, a natureza da instituição reguladora, ou seja, a eficiência não está garantida apenas porque, por exemplo, o Poder Legislativo atuará legislando, mas o que de fato deve ser levado em consideração são os assuntos e os métodos de regulamentação.

2.7 A EFICIÊNCIA DO *COMMON LAW* EM DETRIMENTO AO UTILITARISMO

Cumpre destacar que, tradicionalmente, importantes expoentes do direito acadêmico entendiam que o *common law* era de cunho eminentemente utilitário. Contudo, Posner afirma desconhecer casos de

²⁰ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 126.

ensinamentos utilitaristas em que, desviando-se do preceito econômico, tenham sido observados pelo *common law*.

Posner exemplifica a questão em tela apresentando políticas que foram defendidas pelo utilitarista Jeremy Bentham, como a igualdade de renda, a proteção dos animais, dentre outros. Todavia, não há traço alguma dessas políticas no *common law*. Ressalte-se ainda que Bentham, inclusive acreditava na imposição do dever de ser um “bom samaritano, todavia, o *common law*, talvez pautado na ideia de economia, rejeitou esse dever²¹.

Portanto, evidencia-se que o *common law* não busca amparo no utilitarismo, posto que um dos principais defensores da doutrina utilitarista expõe ideias que não estão em consonância com o *common law*. Ainda assim, Posner entende que o utilitarismo é bastante flexível e pode ser acomodado em diversas doutrinas, podendo incorporar, inclusive, as delimitações que fazem da maximização da riqueza social um princípio ético atraente.

2.8 OS JUÍZES E A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA

Richard Posner, consoante supra esposado, entende que a maximização da riqueza é um valor, sendo a riqueza talvez o mais importante de todos os valores. O autor destaca que há outros valores que também possuem o condão de maximizar a riqueza de uma sociedade, como a liberdade econômica, por exemplo.

Dentre os principais objetivos da maximização da riqueza, se poderia destacar uma justiça corretiva e distributiva. A potencialização da riqueza determina adoção de um sistema de direitos individuais e de propriedade, com a finalidade de aplicação desse sistema jurídico a todos os bens escassos, com vistas a que esses bens sejam geridos da melhor forma possível para a sociedade.

Nessa linha de raciocínio, explica que os magistrados, ao se depararem com tais direitos, possuem a plena capacidade de estipular a

²¹ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 128.

melhor forma de distribuição dos recursos de modo a gerar a maximização da riqueza.

Os juízes, na visão do autor, passam a exercer função de grande relevância para a sociedade de forma geral, pois além de julgarem cada caso, deveriam proferir a decisão que trouxesse maior riqueza para a sociedade, independentemente, da garantia de todos os direitos que a parte faça jus. O juiz deve ter uma visão mais ampla do processo, não podendo se restringir exclusivamente ao rol de direitos que a parte alega possuir.

Nesse sentido, Posner aponta a teoria do Estado pautada no “interesse público”, a qual assegura que o Estado deve garantir metas sociais de interesse geral, estando, inclusive dentre elas, a denominada eficiência. Portanto, incumbiria ao Estado o papel de organizar a distribuição de bens públicos, de modo a gerar uma redistribuição de renda que melhor beneficie a comunidade. Não se olvidando que o Poder Judiciário está inserido na lógica estatal, logo, deve atuar de forma a promover a eficiência e corrigir externalidades, como as distorções do mercado.

Destarte, verifica-se que para Posner as decisões judiciais devem possuir um forte impacto econômico na sociedade, devendo-se priorizar julgados que redistribuam a riqueza, isto é, que concretizem a justiça corretiva e distributiva, ainda que tal modo de julgamento conflita com os direitos das partes.

3. AS FRAGILIDADES DA TEORIA DE POSNER QUANTO À MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA

3.1 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA É UM COMPONENTE DO VALOR?

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

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

Nesse passo, o doutrinador Vasco Rodrigues explana que se ainda for possível falar em um objeto da economia, o mesmo poderia ser definido através de todos os fenômenos sociais que estejam relacionados às escolhas sobre a utilização dos recursos²².

Dentre os fenômenos sociais supramencionados, cabe destacar capacidade de interferência das decisões judiciais na esfera econômica, isto é, a possibilidade de um magistrado assegurar a maximização da riqueza da sociedade por meio de sua atuação judicante.

Tal possibilidade é amplamente defendida, conforme já esposado, por Richard Posner, o qual entende que os magistrados do *Common Law* decidiram casos controversos, em geral, de forma a maximizar a riqueza social e devem continuar julgando desta maneira.

Todavia, o doutrinador Ronald Dworkin critica vastamente tal vertente argumentativa por várias razões, podendo-se destacar, de antemão, que o juiz deve analisar cada caso que lhe for apresentado. Dworkin afasta a regra de que em toda e qualquer hipótese, o juiz deva recorrer à potencialização da riqueza social.

²² RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 12.

Inicialmente, quanto ao conceito de maximização da riqueza, Dworkin espousa de forma cristalina que:

A maximização da riqueza, tal como definida, é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente do dinheiro) para possuí-lo. Um indivíduo maximiza a sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui; sempre que ele consegue, por exemplo, adquirir algo que valoriza por alguma soma menor que o máximo que estaria disposto a pagar por ela (...)²³.

Nesse passo, o autor distingue, o conceito de maximização da riqueza e o da eficiência de Pareto, afirmando que o segundo garante que determinada distribuição de recursos é eficiente desde que qualquer mudança nessa distribuição não deixe ninguém em pior situação e, no mínimo, uma pessoa em melhor situação.

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

Dessa forma, deve-se ressaltar que os conceitos de maximização da riqueza e eficiência de Pareto são díspares e não podem ser confundidos.

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

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

²³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 352.

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

De mais a mais, nota-se ser equivocado também o fato de que um determinado indivíduo esteja necessariamente em uma situação melhor apenas pelo fato de ter mais riqueza. Posner admite que a riqueza não se materializa, obrigatoriamente, em felicidade, mas falha quando não reconhece que um aumento na riqueza pode implicar, em determinadas situações, em perda de felicidade, em perda de utilidade, dentre outros.

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

Rejeitada a hipótese de que a riqueza social seja um componente de valor, Dworkin rechaça também a afirmação de que uma sociedade com mais riqueza é melhor porque a riqueza teria um vínculo instrumental relevante.

Dworkin definiu as versões instrumentais como “fortes” e “fracas”, explicando que as últimas determinam que, por vezes, incrementos na riqueza social geram melhorias de outros tipos. Portanto, trata-se de concepção bastante flexível, mas insubsistente para justificar que os juízes devam anuir com a maximização da riqueza como único parâmetro de alterações no *Common Law*.

Em se tratando da tese “forte”, Dworkin explica:

(...) os juízes que aceitam tal parâmetro produzirão mais do que é valioso independentemente, como a mitigação da pobreza, do que se adotassem uma avaliação mais minuciosa e tendessem a maximizar a riqueza apenas nos casos em que têm alguma razão especial para pensar que, ao fazê-lo, aumentariam o valor independente (...). Uma teoria forte não precisa afirmar que os juízes devem buscar a maximização da riqueza como o único padrão de suas decisões em todos os casos em litígio, ou mesmo em todos os casos do *Common Law* ou em todos os casos de natureza civil – embora, quanto maior for o alcance da própria afirmação, mais interessante ela será²⁴.

²⁴ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 371-372.

Nesse senda, Dworkin parte do princípio de que a análise econômica afirma que a maximização da riqueza é instrumental para outro objetivo ou para determinado valor independente. Destarte, qualquer tese forte, mesmo de alcance restrito, deve determinar o objetivo ou valor independente que acredita estar sendo alcançado, de forma instrumental, pela maximização da riqueza social.

Posner, em sua linha argumentativa, entende que a maximização da riqueza é um valor porque uma sociedade que adota a tal maximização como padrão central de decisões políticas, acabará por desenvolver outros aspectos correlatos atraentes como, por exemplo, respeitará direitos individuais e impulsionará ainda as pessoas a criarem benefícios mútuos, dentre outras circunstâncias.

Dworkin explana o que o supracitado entendimento de Posner é uma afirmação instrumental forte, mas questiona os argumentos que o autor utiliza para embasar tal afirmação instrumentalista forte e ampla.

Nesse passo, ao se dizer que a maximização da riqueza potencializará os direitos individuais, torna-se imperioso que se determinem quais direitos são esses e em qual medida eles devem ser exercidos. Contudo, é cristalino que uma sociedade não é mais digna, ou melhor, apenas porque especifica que certas pessoas possuem determinados direitos. Portanto, detecta-se mais uma falha na teoria de Posner.

Ultrapassado este aspecto, Posner lança ainda mais um novo argumento, no sentido de a maximização da riqueza ter valor porque uma sociedade que busca tal potencialização, trará mais força ao desenvolvimento de virtudes pessoais, como a beneficência. Portanto, o autor defende que as sociedades que se dedicam à maximização da riqueza, os cidadãos somente podem melhorar sua situação própria se beneficiarem outras pessoas.

Novamente, Dworkin combate com veemência as alegações de Posner, sob o argumento de que as pessoas, em um sistema de maximização de riqueza, se concentrarão em aumentar o patrimônio próprio. Logo, se o objetivo for uma melhor distribuição, deve-se recorrer a outros meios, como um sistema de tributação, por exemplo. Portanto, depara-se

com a dificuldade de acreditar que a maximização da riqueza trará um bem estar geral maior que medidas econômicas e políticas mais conciliadoras.

Dworkin vai além, explicando ainda que os agentes econômicos, tentarão, na maior medida possível, absolver toda riqueza disponível, beneficiando os outros apenas de forma reflexa e involuntária. Assim, todo e qualquer auxílio que alcançar terceiros viria da “mão invisível” e não da boa vontade de determinado agente. Trata-se, desse modo, de ato desprovido de valor moral inerente, haja vista que o agente apenas visa o benefício próprio.

Portanto, a tese de Posner, de que a maximização da riqueza garantirá o desenvolvimento de valores como a beneficência, também não pode prosperar.

Depreende-se, portanto, diante do esposado, que a maximização da riqueza social não pode ser considerada como um valor tendo em vista todos os argumentos apresentados por Dworkin. Deste modo, devido as falhas contidas na teoria econômica defendida por Posner, não se pode defender que o maximização da riqueza social seja um valor, bem como, não se pode afirmar também que os juízes do *commom law* devem julgar de modo a sempre potencializar a riqueza da sociedade, devendo, portanto, ser analisado caso a caso com vistas a ser proferida a melhor decisão judicial no caso concreto.

3.2 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E O UTILITARISMO

Neste momento, Dworkin analisa se a tradição utilitarista pode ser associada à defesa instrumental da riqueza.

O autor evidencia, primeiramente, que não é favorável ao utilitarismo, aduzindo ainda que o mesmo como teoria geral do valor ou da justiça, é falso²⁵. No entanto, por se tratar de teoria de tamanha relevância, Dworkin indaga quanto à possibilidade de maximização da riqueza tendo por base a doutrina utilitarista.

Para melhor entendimento, Dworkin exemplifica a questão, sustentando que qualquer teoria utilitarista instrumentalista plausível de

²⁵ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 387.

maximização deve ser restrita, dando, como exemplo, uma teoria ligada à prestação jurisdicional, em que os magistrados decidem casos controversos do *common law*, com base em determinada regra que necessariamente maximize a riqueza social, conseguindo assim mais utilidade total a longo prazo. Trata-se, conforme explanado alhures, de teoria instrumental “forte”, em que se estabelece que os juízes decidam todos os casos que lhes forem apresentados do modo a maximizar a riqueza, sequer raciocinando, de forma crítica, se a maximização da riqueza traria utilidade.

Nesse sentido, Dworkin supõe que, se os juízes julgassem tais casos emblemáticos de forma a aumentar a riqueza total, outras entidades, como as legislativas, poderiam redistribuir a riqueza total, tendo por consequência, a promoção da utilidade média ou total. Trata-se de cadeia de eventos plenamente aceitável, segundo Dworkin.

Contudo, não se pode descartar a hipótese de que os legisladores nada fizessem, deixando intactos os ganhos daqueles que ganham mais com a maximização da riqueza. Nesse contexto, surge uma nova indagação: a teoria utilitarista-instrumental necessita que os legisladores, de fato, executem a distribuição da riqueza, promovendo assim a utilidade total ou, seria suficiente a mera possibilidade de efetivação de tal distribuição?

Cabe trazer à baila o entendimento de Dworkin sobre a questão em tela:

Considere o seguinte desenvolvimento da teoria. Os juízes decidem casos distintos do *Common Law* tendo como pano de fundo uma dada distribuição de riqueza e de direitos jurídicos. Nenhuma decisão que um juiz tome em um caso específico afetará significativamente essa distribuição. O melhor que pode fazer um juiz inclinado a aumentar a utilidade total é aumentar o suprimento total da riqueza. Se o legislador descobre alguma maneira de redistribuir a riqueza aumentada de modo a otimizar a utilidade, muito bem. Se não descobre, nada se perdeu. É melhor oferecer ao legislador uma oportunidade de promover a utilidade, mesmo que a oportunidade não seja aproveitada, do que não fazer nada²⁶.

Nesse sentido, percebe-se que a teoria supramencionada se baseia no fato de que os juízes nada mais podem fazer para promover a utilidade além de maximizar a riqueza, mesmo sabendo que o legislativo nada fará

²⁶ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 389.

para alcançar tal objetivo. Portanto, os juízes, de forma geral, promoveriam menos utilidade, mas já estariam contribuindo de alguma forma, pois estariam aumentando o suprimento total da riqueza.

No entanto, pode-se partir de um novo pressuposto, como por exemplo, o dever dos juízes de agirem nos casos paradigmáticos do *common law*, de forma a promover, prioritariamente, a utilidade, do que qualquer outro aspecto. Nessa situação, constata-se que algumas decisões trarão a maximização da riqueza, e outras não, já que o parâmetro agora é a utilidade da decisão.

Note-se que este segundo exemplo, nada mais é, do que uma teoria instrumental fraca de maximização da riqueza.

A partir dos dois exemplos mencionados, verifica-se que uma teoria forte restrita e uma teoria fraca, ambas de maximização da riqueza, não levarão sempre à decisões judiciais idênticas, já que os parâmetros utilidade e maximização da riqueza, não necessariamente, convergirão.

Desta maneira, conclui-se ainda que, se, por vezes, o legislativo deveria optar por uma decisão que não maximize a riqueza em prol da utilidade, parece não subsistir razões para que um Tribunal também não deva fazer o mesmo. Na verdade, parece mais razoável, que tanto o legislativo quanto o Poder Judiciário devam analisar caso a caso, não se podendo antecipar, de antemão, que toda e qualquer decisão, especialmente as prolatadas pelos juízes, devam, necessariamente, maximizar a riqueza social.

Vislumbra-se também que a teoria utilitarista instrumental parece manter um vínculo de dependência a algum julgamento feito pelo legislativo em cooperação com os tribunais na redistribuição, ou seja, para que se promova uma maior utilidade a partir da riqueza provida pelo Tribunal, é imperioso que exista uma ação conjugada do legislativo. Dessa maneira, as duas autoridades deveriam agir de forma conjunta para que se alcance a maximização da riqueza à sociedade.

Assim, novamente, estar-se-á diante de teoria falha, haja vista que, dentre outros motivos, nos dias atuais, ainda que o Poder Judiciário atue de modo a maximizar a riqueza, não se tem vislumbrado a conduta do legislador no sentido de efetuar a redistribuição da riqueza em busca da utilidade.

Dessa forma, constata-se a inviabilidade de se associar a tradição utilitarista à defesa instrumental da riqueza, haja vista que nem sempre uma decisão útil trará como consequência a maximização da riqueza ao passo que, uma decisão que traga mais riqueza, não será, necessariamente, útil.

3.3 O ASPECTO DESCRITIVO DA ANÁLISE ECONÔMICA

A análise econômica do direito, proposta por Richard Posner, trata-se de teoria descritiva e normativa.

Conforme já esposado alhures, tal teoria apresenta uma série de falhas e incoerências, contudo, deve-se analisar se o fracasso normativo da teoria prejudica o âmbito descritivo da teoria.

O aspecto descritivo da teoria em apreço leva em consideração uma motivação bastante direta, no sentido de que os magistrados julgam e devem continuar julgando casos levando em consideração a maximização da riqueza social.

Dworkin trouxe diversos argumentos para demonstrar o fracasso da teoria da análise econômica no que tange ao seu aspecto normativo, ressaltando, mais uma vez, que a maximização da riqueza social não poderia ser um objetivo social, tampouco, um componente de valor. Destacou ainda ser inconcebível que a riqueza social seja instrumental para um objetivo social que promova a utilidade ou outro componente do valor social. Logo, aduz ser incoerente atribuir aos juízes a razão de maximizar a riqueza social por ela mesma ou visar a riqueza social para que se concretize um novo valor.

Contudo, Dworkin explica que, no que tange ao aspecto descritivo da análise econômica, uma explicação motivacional direta não faz sentido.

Assim sendo, para que tais afirmações descritivas tenham coerência, torna-se imperioso que as mesmas sejam reformuladas, para que se possa adequá-las, por exemplo, a uma teoria instrumental “fraca”.

Para tanto, Dworkin sugere que se destaque categorias específicas de decisões judiciais e ainda, que se explique a razão pela qual era plausível aos juízes a suposição de que uma norma promovendo a riqueza social tinha probabilidade, por esse motivo, de promover algum objetivo social

independente valorizado por esses juízes, como a utilidade, o alívio da pobreza, dentre outros²⁷.

Contudo, ainda que crie categorias específicas de decisões judiciais, não se poderia atrelar, a qualquer delas, decisões que necessariamente buscassem maximizar a riqueza social, haja vista que tal correlação não teria poder explicativo para fundamentar, devidamente, cada caso apresentado ao juiz.

Na verdade, os modelos de explicação de conduta, isto é, o caráter descritivo da teoria, para que se alcance uma explicação plausível, deve aplicar uma descrição biológica ou motivacional.

A partir dessa situação, Dworkin apresenta algumas escolhas, dentre elas, destaca aquela que visa demonstrar que as decisões judiciais que pareçam maximizar a riqueza são, efetivamente, necessárias, não como decisões do tipo instrumentais, as quais almejam produzir determinado estado das coisas, de riqueza social, ou utilidade ou qualquer outro instituto, mas como decisões de princípio, as quais utilizam uma concepção plausível de equidade. Nessa hipótese, busca-se uma argumentação de princípio em vez de uma argumentação de política.

Nesse passo, para um maior aprofundamento, no que tange às decisões de princípio ou de política, Dworkin entende que, o juiz, ao prolatar sua decisão, deve fundamentar seu entendimento, eminentemente, em argumentos jurídicos, de princípio, devendo esquivar-se de argumentos políticos, uma vez que o juiz não deve inserir lógicas e argumentos políticos em seus julgados. Os juízes devem, portanto, decidir juridicamente, respaldando-se em argumentos eminentemente jurídicos para motivar sua sentença, tendo como base os princípios institucionalizados no ordenamento jurídico e os direitos e garantias individuais.

Sendo assim, Dworkin, diante das razões esposadas, entende que as decisões judiciais que pareçam maximizar a riqueza são necessárias, desde que pautadas em decisões de princípio, as quais aplicam concepções de equidade, isto é, tratam-se decisões pautadas em argumentos eminentemente jurídicos.

²⁷ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 394.

3.4 OS ARGUMENTOS DO CONSENTIMENTO E DO INTERESSE

O doutrinador Richard Posner, conforme já esposado, entende que os juízes do *common law* deveriam decidir casos de forma a maximizar a riqueza social. Para tanto, ele oferece diversos argumentos, devendo-se destacar dois deles, os quais acredita estarem interligados.

O primeiro seria no sentido de que, em regra, todos aprovaram, de forma antecipada, os princípios ou regras que serão aplicados pelos juízes com vistas a maximizar a riqueza. O segundo argumento está relacionado ao fato de que, em regra, a imposição dessas normas é do interesse de todos, inclusive daqueles que perdem as ações judiciais²⁸.

Dworkin explica que o primeiro argumento de Posner é o do consentimento, o qual abarca, supostamente, a ideia de autonomia traçada por Kant, ao passo que o segundo argumento, o do interesse universal, está diretamente relacionado ao sentimento de bem-estar para a justiça, adicionando, assim, um certa dose de utilitarismo.

Para um melhor entendimento sobre o tema, cumpre ressaltar, de antemão, que os argumentos de consentimento e de interesse pessoal são independentes.

O consentimento está relacionado a ideia de que foi dado o consentimento de alguém para algo, ou seja, esta pessoa está ciente de que lhe poderá ser imposta determinada medida, tendo em vista que foi concedido seu consentimento para tanto. Esclarecendo-se ainda que, em qualquer caso, o consentimento deve ser esclarecido e voluntário.

Contudo, não se pode olvidar que o fato de haver interesse próprio não significa, necessariamente, um consentimento efetivo. Na verdade, em determinados casos, o fato de se detectar interesse próprio seria uma prova para o que se denomina de consentimento contrafactual, ou seja, a proposição com a qual eu concordaria se me fosse previamente solicitado. Todavia, é cediço que um consentimento contrafactual não oferece motivos

²⁸ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 412.

para que se aplique contra alguém aquilo com qual poderia ter consentido, mas não o fez.

Nesse passo, cabe trazer à baila o entendimento de Dworkin sobre o argumento de consentimento de Posner:

(...) Como o argumento do consentimento de Posner depende inteiramente do consentimento contrafactual, e como o consentimento contrafactual é irrelevante em si para a justificação política, o argumento de consentimento falha completamente. O recurso à 'autonomia' de Posner – e sua afirmação de ter captado o que há de mais valioso nas teorias 'kantianas' – é totalmente espúrio.

Nesse diapasão, Dworkin salienta que Posner confundiu os conceitos de interesse próprio e consentimento. O consentimento, em si, estaria relacionado, por vezes, ao risco do prejuízo, e não, ao prejuízo direto. Ninguém consente com o prejuízo propriamente dito.

De mais a mais, destaque-se ainda a força que Posner emprega no denominado “consentimento implícito“, afirmando que ainda que não haja um consentimento expresso acerca de determinado aspecto, os Tribunais teriam o condão de imputar o consentimento a tais agentes do mesmo modo em que determinam as intenções das partes de um contrato obscuro ou ambíguo²⁹.

Novamente, constata-se uma confusão dos conceitos de consentimento não expresso e consentimento contrafactual. Posner, ao afirmar sobre a “imposição“ de determinado consentimento a um agente, utiliza a ficção, isto é, um estado psicológico putativo, o qual não constitui nenhum argumento em si. Nesse sentido, serão utilizados argumentos que os magistrados usam, amparados nas leis ou nas estipulações das partes em um contrato, por exemplo, ressaltando-se que o consentimento, neste momento, não desempenha função alguma.

Depreende-se, portanto, que Posner destaca apenas o consentimento contrafactual, jamais o consentimento expresso. Todavia, o consentimento contrafactual, consoante já esposado, sequer pode ser considerado como consentimento, nas palavras de Dworkin³⁰.

Posner, com vistas a justificar a relevância do consentimento contrafactual, baseia sua tese em uma teoria da justiça diferente, indagando

²⁹ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 416.

³⁰ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 417.

o que pessoas reais, as quais possuem pleno conhecimento de sua situação própria, consentiriam na plenitude dessa compreensão. O doutrinador responde no sentido que consentiriam apenas em regras empregadas pelos juízes do *common law* que maximizassem a riqueza social.

Posner destaca a relevância de sua teoria ressaltando que esta se ocupa com pessoas reais, que tomam decisões amparadas pela ignorância natural. Note-se que Posner, não abarca, em suas concepções, o consentimento efetivo, contemplando apenas o denominado consentimento contrafactual, logo, qualquer seleção de grau ou data de ignorância deve ser inteiramente arbitrária³¹.

Nessa senda, cabe apresentar as lições de Dworkin sobre a questão telada:

A situação é ainda pior. Porque se apenas a ignorância 'natural' está em jogo, não há nenhuma razão não arbitrária para excluir o conhecimento dos que sabem que já tiveram má sorte – isto é, os queixosos das ações judiciais específicas em que se pede ao juiz que decida aplicando uma norma maximadora da riqueza. Afinal, em algum momento algumas pessoas estão nessa posição, e seu consentimento não ocorrerá, nem mesmo contrafactualmente. Posner claramente quer produzir o consentimento sob condições que se revelam não de ignorância natural, mas de ignorância forjada, que é ainda mais artificial que a posição original de Rawls (...)

Dessa forma, constata-se que qualquer indivíduo terá por escopo a obtenção de determinado consentimento em algum momento após a formação suficiente de hábitos de direção do próprio agente, ou seja, ele, sabendo das condições que lhe trarão maiores benefícios, opta por determinando consentimento. É cristalino que se trata de consentimento forjado, mas que funciona como meio para se chegar aos resultados que este agente almeja. Logo, mais uma vez, os argumentos de Posner foram amplamente rechaçados por Dworkin.

Ultrapassado este aspecto, é imperioso que se apresente também os denominados argumentos de interesse conceituados por Posner.

Os argumentos de interesse podem ser caracterizados como de interesse pessoal da maioria das pessoas e são utilizados para demonstrar

³¹ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 418.

que é do interesse de quase todos que os magistrados julguem os casos do *common law* aplicando regras e princípios que maximizem a riqueza social, utilizando-se, ainda o raciocínio de Pareto, em que quase todos estarão em uma melhor situação e ninguém estará em situação pior.

Diante dos argumentos de interesse, Dworkin salienta que os mesmos devem ser analisados minuciosamente.

Inicialmente cumpre destacar os agentes que não foram contemplados quando Posner utiliza o termo “quase todos”.

Ocorre que em toda e qualquer decisão judicial do *common law*, com amparo em fundamentos parentianos, a denominada classe das exceções – aqueles que ficam em situação pior com a decisão judicial – deve ser incluída. Logo, não se pode apontar razões parentianas para sustentar a tese de que quase todos gostariam que os juízes julgassem de forma a maximizar a riqueza, haja vista que Pareto propõe que uma decisão judicial apenas está correta porque ninguém está em situação pior pelo fato de que essa decisão foi feita. Logo, todos aqueles indivíduos que estão em situação pior, quando se vislumbra o futuro, apresentam-se como contra-exemplos de uma tentativa de justificação parentiana.

Posner almeja sustentar sua tese apontando a impossibilidade de uma unanimidade absoluta. Contudo, mais uma vez, não assiste guarida ao doutrinador, haja vista que esta unanimidade é um dos requisitos da teoria parentiana, a qual insiste que ninguém poderá ficar em pior situação. Destaque-se que se alguém ficar em pior situação, não há o que se falar em critério de Pareto. A teoria é destruída. Portanto, a teoria de Posner e teoria de Pareto nada mais são do que duas linhas paralelas, completamente incapazes de convergir.

Se a teoria de Pareto não for tratada dessa forma, incidir-se-á uma certa dose de utilitarismo, pois priorizar-se-á uma decisão judicial que garanta uma melhor situação para uma maioria em detrimento de uma minoria.

Cumpre destacar que o utilitarismo parte do pressuposto de que o principal aspecto a ser observado é a elevação do nível médio ou coletivo do bem estar comunitário, ainda que o bem-estar de alguns indivíduos possa ter diminuído. Dessa forma, a doutrina utilitarista condiciona qualquer tipo de lei ou de política pública do Estado a uma vertente de utilidade para a

sociedade, utilizando assim a maximização de felicidade do maior número possível de pessoas, reduzindo a dor e majorando o prazer. A corrente utilitarista aborda, portanto, a ideia de contemplar a maioria em detrimento da minoria.

Contudo, ao se recorrer a dimensão de quantidade de bem-estar ganho ou perdido, adentra-se também nos conhecidos problemas de comparações interpessoais de utilidade, situação que não se insere no critério de Pareto.

Outro aspecto favorável ao critério de Pareto, nas palavras de Dworkin, é a moralidade política, haja vista que a doutrina utilitarista encontra dificuldades de explicar para alguém que perdeu em dado cálculo benthamiano e ainda porque seria justo fazer esse indivíduo sofrer em troca da prosperação de outrem.

Para um melhor entendimento sobre o tema, cumpre conceituar o supramencionado utilitarismo psicológico preceituado pelo estudioso Jeremy Bentham, o qual salienta que somente argumentos de cunho utilitário poderiam justificar as denominadas decisões políticas. Destarte, Bentham explana que o efeito que determinada política surtiria em um indivíduo poderia ser medido por meio da descoberta da quantidade de prazer ou de dor que aquela determinada política lhe traria ou, em se tratando do âmbito coletivo, dever-se-ia calcular o efeito daquela política sobre o bem estar da sociedade, somando-se todo o prazer proporcionado pela mesma, assim como, subtraindo-se a dor aferida por todos³².

Todavia, Dworkin critica a doutrina do utilitarismo psicológico exposto por Bentham, uma vez que seria de extrema dificuldade de se detectar um estado psicológico simples de prazer que contemple todos que se beneficiam de determinada política ou ainda, um estado de sofrimento que seja comum a todos. Não se olvidando ainda que a teoria de Bentham é incapaz de contemplar as peculiaridades de cada pessoa. De todo modo, seria impossível a identificação, com a utilização de somas e subtrações, dos prazeres e dores sentidos por grandes contingentes populacionais.

³² DWORKIN, Ronald, 2002. op. cit. p. 359.

Nesse passo, diante de tamanhos enclaves, resta claro que a teoria parentiana não é perfeita, todavia, a mesma não enfrenta a questão delicada verificada no utilitarismo, de que alguns devem sofrer prejuízos para que outros possam lucrar³³.

Desse modo, ao analisar minuciosamente a teoria de Posner, o qual afirma a necessidade de os juízes do *common law* de decidirem casos de modo a maximizar a riqueza social e, salienta ainda que, abarca em sua teoria as características de maior atraência da preocupação Kantiana – a autonomia – e da preocupação utilitarista com preferências individuais, verifica-se que seus argumentos são insubsistentes e incoerentes.

A ideia de Posner no que tange ao consentimento, consoante supra esposado, não funciona, tampouco seus dizeres quanto à autonomia. Ademais, seus argumentos relativos ao interesse comum é pautado em definições utilitárias. Não se pode olvidar que sua versão de Pareto, possui uma ampla dosagem de utilitarismo.

Diante do esposado, constata-se que os argumentos de Posner quando à necessidade de decisões judiciais que maximizem a riqueza social não possuem guarida alguma, nem nos argumentos de consentimento e, tampouco nos argumentos de interesse.

³³ DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 424.

4 A TEORIA DE RONALD DWORKIN SOBRE OS DIREITOS

4.1 OS DIREITOS BÁSICOS COMO LIMITADORES DE CONDUTA

Ronald Dworkin privilegia os direitos em detrimento dos fins. Para o autor, o juiz, ao se deparar com determinado caso específico, deve fundamentar sua decisão nas regras e nos princípios aplicáveis à questão e não na decisão que necessariamente maximize a riqueza da sociedade, como pretende Richard Posner.

O autor escreve, principalmente, sobre os direitos, partindo do pressuposto de que a justiça deve determinar quais direitos os indivíduos possuem e assegurar que sejam tratados em conformidade a estes direitos. Os direitos estão diretamente relacionados à dignidade e à igualdade dos cidadãos, fatores que contribuem para a fundamentação da justiça.

Percebe-se que Dworkin possui um amplo compromisso com os direitos fundamentais. Ele explica, de forma cristalina, que direitos são trunfos, ou seja, onde se aplique um direito básico nada poderia intervir em sentido contrário³⁴.

Note-se que o objetivo da teoria dos direitos de Dworkin caminha de acordo com a chamada teoria da vontade em relação às ações que o titular poderia ou não recorrer consoante quisesse e, pressupõe que, em circunstâncias normais, a justiça aplicaria esses direitos.

Nesse diapasão, constata-se que a teoria dos direitos de Dworkin está pautada, especialmente, nos direitos básicos, os quais estabelecem limites estritos no que concerne à plausibilidade de qualquer objetivo que possa surgir, ressaltando-se que todos os objetivos estão pautados em direitos, contudo, não se pode ofuscar direitos para que se alcance determinado objetivo. Os direitos devem ser prestigiados em face de qualquer objetivo que se almeje.

Evidencia-se que os direitos básicos são aqueles direitos morais e políticos que originam títulos, ou seja, se alguém possui o direito a algo, o

³⁴ CAMPBELL, Tom. A. La justicia. *Los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2008. p. 79.

Estado não poderia negar ainda que isso pudesse contribuir para o interesse geral³⁵.

Portanto, diante da importância dos direitos básicos para os cidadãos, verifica-se que estes atuam como verdadeiros limitadores de conduta, inclusive condutas que perseguem um objetivo. Seria por essa razão que os direitos básicos são considerados como “trunfos”, consoante supramencionado, porque possuem uma preferência automática sobre quaisquer outras considerações que possam vir a excluí-lo.

Sendo os direitos básicos limitadores de conduta, inclusive, judicial, entende-se que não se pode consentir que os magistrados profiram decisões judiciais que possam se omitir quanto à aplicação de direitos essenciais com vistas a que a decisão traga maiores benefícios a sociedade de forma geral³⁶.

Nesse passo, cumpre trazer à baila um trecho da obra de Dworkin acerca dos direitos individuais na qualidade de trunfos políticos, enfatizando-os como uma garantia inerente aos cidadãos:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detém. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano³⁷.

Desse modo, no que concerne ao entendimento de Richard Posner sobre a atuação dos magistrados de forma que a riqueza social seja maximizada, entende-se que assiste razão aos fundamentos esposados por Ronald Dworkin, haja vista que os direitos, especialmente, os direitos básicos, não podem ser ofuscados ou afastados com o fundamento de maximização da riqueza da sociedade ou qualquer outro objetivo social.

Face a teoria do direitos, Dworkin explica que deve-se analisar nitidamente cada situação, destacando-se, que dependendo do caso, os direitos podem ser vistos como absolutos ou podem ser relativizados. Destarte, no que tange a força de cada direito, para um maior

³⁵ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 82.

³⁶ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 294.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XV.

aprofundamento, cumpre trazer à baila o seguinte trecho escrito por Tom Campbell acerca da teoria dos direitos de Ronald Dworkin:

(...) Este veto é, no entanto, uma questão de grau, no sentido de que, todos os direitos devem ter alguma força "excludente", uma vez que não pode ser posta de lado cada consideração moralmente relevante (...) alguns direitos têm uma força de exclusão ou o poder de triunfar mais do que outros. Em uma extremidade da escala de importância, são os direitos absolutos, que nunca cedem a outros direitos e objetivos fundamentais, enquanto no outro extremo estão os direitos com pouco 'peso', os quais raramente são impostos a outro direito ou objetivo. No entanto, os direitos devem ter um pouco de força para agir como 'limiar' e permitir que eles superem outras considerações que não poderiam funcionar como direitos.³⁸

Nessa senda, Dworkin explana, portanto, que os direitos possuem uma força excludente, ou seja, alguns direitos triunfam mais que outros, são absolutos, nunca cedem, ao passo que há direitos com pouco peso que raramente prevalecem.

Desse modo, constata-se a força que os direitos possuem, segundo Ronald Dworkin, especialmente no que concerne aos direitos básicos, e tal magnitude deve ser amplamente observada pelos magistrados em cada caso concreto, não podendo proferir decisões divorciadas dos direitos essenciais de cada cidadão.

Ademais, à título de aprofundamento, Dworkin distingue ainda os denominados direitos básicos, que são os direitos que proporcionam uma justificação para as decisões políticas feitas pela sociedade em abstrato e os, direitos institucionais, que garantem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política particular específica³⁹.

Os direitos, seja os básicos, seja os institucionais, segundo Dworkin, nem sempre são expressados por regras, pois também podem ser

³⁸ Texto Original: (...) Este poder de veto es, sin embargo, una cuestión de grado en el sentido de que, aunque todos los derechos deben tener alguna fuerza «excludente», dado que no pueden dejarse de lado cada una de las consideraciones moralmente relevante (...), algunos derechos tienen una fuerza excluyente o un poder para triunfar mayor que otros. En un extremo de la escala de importancia están los «derechos absolutos», que nunca ceden ante otros derechos u objetivos esenciales, mientras que en el otro extremo están los derechos con tan poco «peso» que rara vez se imponen ante otro derecho u objetivo. No obstante, los derechos deben tener alguna fuerza que funcione como «umbral» y que les posibilite tener mayor peso que otras consideraciones de otra manera no podrían funcionar como derechos."Ver: CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 82.

³⁹ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 82.

vislumbrados pelo uso dos princípios. Assim, tendo por base as normas, compostas por regras e princípios, Dworkin acredita que os juízes teriam fundamento suficiente para proferir decisões jurídicas corretas para cada caso que lhe fosse apresentado, não importando quão difíceis possam ser.

Para Dworkin, os juízes determinam o que é o direito e não, apenas, complementam com seus próprios juízos pessoais. Assim, ao estipular quais princípios estão abarcados pelo direito e que peso eles possuem nos casos particulares, os juízes acabam se aproximando da moral de sua sociedade⁴⁰.

Note-se que essa moral social não equivale a moral de determinado momento, mas aos direitos abstratos constantes ou pressupostos nas próprias leis e na cultura política da sociedade ao longo de sua história. Portanto, a frente disso, o juiz estaria capacitado para utilizar os princípios e/ou regras que melhor se aplicassem ao caso concreto, mas não se podendo olvidar que os juízes estão vinculados ao direito e devem aplicá-lo a qualquer caso que lhe seja apresentado.

Portanto, Dworkin defende que o magistrado deve fundamentar sua decisão no direito, não podendo se amparar em lógicas arbitrárias, por exemplo, devendo analisar minuciosamente cada caso que lhe seja apresentado, devendo ainda observar, além dos direitos previstos nas legislações, a moral social.

Tal entendimento afasta veemente, consoante já esposado, os argumentos de Posner, em que o juiz deve decidir necessariamente de modo a potencializar os ganhos da sociedade, independentemente dos direitos que estejam em discussão. Dworkin entende que o juiz até poderia decidir de modo a maximizar a riqueza, desde que sua decisão esteja pautada no ordenamento jurídico vigente, observando os direitos em questão no caso concreto.

Dworkin defende os direitos do cidadão, demonstrando a essencialidade dos mesmos. Posner coloca a maximização da riqueza da sociedade acima dos direitos dos cidadãos, argumento, consoante já explanado, que não pode prosperar.

⁴⁰ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 83.

Ademais, os juízes poderiam decidir os casos utilizando-se apenas de regras e princípios. Logo, verifica-se que os magistrados devem tomar suas decisões tendo por referências direitos e não, fins. Assim, a decisão escoreita será aquela que assegure aos cidadãos os seus direitos preexistentes.

Torna-se evidente, portanto, mais uma grande diferença nas teorias de Posner e Dworkin, haja vista que o primeiro enfatiza os fins que a decisão judicial deve alcançar, ainda que tal decisão não respeite direitos preexistentes, ao passo que Dworkin, prioriza os direitos dos indivíduos, devendo o magistrado analisar caso a caso para que possa proferir a decisão mais adequada e correta.

Não se pode olvidar que, ainda que determinados direitos tenham sido promulgados pelos parlamentares com intenção de implementação de certas diretrizes políticas, os juízes não devem se pautar nessas diretrizes, devendo direcionar sua atenção aos direitos concretos e, caso seja necessário, aos direitos políticos ou morais básicos que tenham peso na esfera particular⁴¹.

Dworkin afirma, portanto, que os critérios de justiça existem tanto na aplicação das normas quanto na legislação, contudo, no que tange à aplicação das leis, a justiça é a única consideração, logo, a decisão justa é aquela que materializa os direitos do autor e/ou do réu. No entanto, quando se trata da legislação, outros aspectos são levados em consideração, pois as decisões são tomadas em consonância a uma combinação de fins e direitos básicos abstratos, todavia, a justiça pode vetar a legislação que esteja pautada em fins que violem os direitos básicos.

Destarte, é cediço que a justiça está diretamente relacionada a materialização dos direitos e não, necessariamente, a persecução de determinados fins. Por esta razão, Dworkin argumenta que as decisões judiciais devem prestigiar os direitos dos envolvidos no caso concreto e não, como pretende Posner, vislumbrar a potencialização da riqueza social gerada uma decisão judicial. A justiça é o principal fundamento que assegura os direitos básicos, portanto, o magistrado atua de forma justa e correta quando analisa o caso concreto e verifica quais direitos devem ser aplicados.

⁴¹ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 85.

Em último caso, Dworkin sustenta que os direitos devem ser distribuídos por igual. Note-se que a conexão feita entre direitos e igualdade traz os fundamentos morais para sua teoria de direitos e, conseqüentemente para a sua análise da justiça⁴².

Nesse passo, o autor destaca ainda o direito de igual consideração e respeito. A justiça apresenta o direito de ser tratado como igual e não, o direito a um tratamento igual. Destarte, Dworkin explana a ideia de igualdade política, destacando que esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, portanto, se algumas pessoas possuem liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito, sobre o estar geral, todas as pessoas devem possuir tal liberdade⁴³.

A teoria dos direitos de Dworkin que é utilizada como fundamento da justiça, está relacionada ao modo em que se relaciona o formalismo de tratamento das pessoas em conformidade com os seus direitos jurídicos positivos e os seus direitos morais básicos, que podem fornecer motivos pelos quais o estrito cumprimento dos direitos específicos é desejável, fazendo uma ponte entre a justiça formal e justiça material.

Desse modo, Dworkin explana que o direito básico de igual respeito e consideração deve ser observado pelos magistrados de forma a decidir quais direitos positivos devem ser assegurados às pessoas em determinada situação, não se podendo afastar tal direito por razões de aumento de renda social. Não se admite, portanto, que se afaste a aplicação dos direitos, expressos por regras e princípios, sob a alegação de que determinada decisão trará mais benefícios à sociedade ou a maior parte dela, pois, conforme explana Dworkin, nem todos serão beneficiados, sem se olvidar que se trataria de decisão arbitrária que não possuiria guarida no ordenamento jurídico.

4.2 A POLÍTICA DE DWORKIN

⁴² CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 85.

⁴³ DWORKIN, Ronald, 2007. p. 305.

Ronald Dworkin defende uma dimensão política em que a análise de igual consideração e respeito fundamenta decisões específicas, especialmente, quando se trata de difíceis decisões morais.

Nessa senda, não poderia, mais uma vez, subsistir os argumentos de Richard Posner sobre a maximização da riqueza social, uma vez que em toda e qualquer decisão judicial, o indivíduo deve ser necessariamente tratado com igual consideração e respeito, cabendo ao juiz a análise e aplicação dos direitos cabíveis ao caso concreto, independentemente se tal manifestação judicial trará impactos econômicos positivos ou negativos para a sociedade.

Dworkin ressalta a importância dos direitos, os quais não podem ser violados por uma sentença que, teoricamente, traga maiores ganhos para a sociedade em geral. Não se olvidando, consoante já esposado, que tal argumento é relativo, pois nem todos serão beneficiados com tal decisão, especialmente as partes do processo que não tenham assegurados os seus direitos.

Assim, o ponto de partida para Dworkin é a visão da justiça a partir dos direitos. Logo, determina-se o que é justo com base nos direitos positivos reais e não, com base em um maior enriquecimento da sociedade, de forma geral.

4.3 A JUSTIÇA E AS MINORIAS

Um dos principais argumentos de Richard Posner quanto à necessidade de maximização da riqueza está relacionado ao fato de que ela beneficiaria a sociedade de forma geral, contudo tal alegação foi veemente contestada por Dworkin, pois não se pode afirmar que uma sociedade seja melhor apenas pelo fato de a mesma auferir maiores riquezas.

Ademais, não se olvide ainda que os argumentos de Posner também não encontram sustentação na superioridade de Pareto, critério que considera uma forma de alocação de recursos superior a outra desde que tenha o condão de melhorar a situação de, no mínimo, uma pessoa sem piorar a de ninguém, haja vista que as partes que não têm seus direitos devidamente observados, se encontrarão em pior situação.

Nesse passo, Dworkin capitaneia a ideia de proteção e respeito às minorias face as maiorias. Tal proteção tem sido considerada como prova fundamental de toda teoria de justiça⁴⁴.

Nesse passo, cabe trazer à baila os entendimentos de Dworkin no que concerne ao tratamento dos direitos da maioria e os direitos pessoais de uma maioria, no seguinte sentido: “Precisamos diferenciar entre os ‘direitos’ da maioria enquanto tal, que não podem valer como justificção para invalidar os direitos individuais, e os direitos pessoais de uma maioria, que podem ser levados em conta”⁴⁵.

A democracia pressupõe que todos participem, de forma direta ou indireta, através de procedimentos democráticos, inclusive em assuntos legislativos, com vistas a que a tomada de decisões seja feita por meio de votação, sendo que, aquela que for mais votada numericamente, será obrigatória para todos.

Contudo, o princípio da maioria, em uma democracia, encontra limitações. Todas as pessoas, inclusive as minorias, por exemplo, têm o direito de votar nas eleições, e tais direitos não podem ser removidos pelas maiorias democráticas. A democracia está diretamente relacionada ao direito de informação e comunicação, logo, em uma eleição, deve ser assegurada à minoria a liberdade de expressão no sentido de se manifestar e de protestar para chamar atenção das pessoas em relação a determinado posicionamento que entende ser correto⁴⁶.

Nessa senda, quanto a importância dos direitos, especialmente, quanto ao direito de liberdade de expressão, cumpre salientar esposar as palavras de Dworkin:

Supõe-se, porém, que os direitos constitucionais que chamamos de fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Esta é a razão pela qual nos orgulhamos de que nosso sistema jurídico respeita os direitos fundamentais do cidadão. Se os cidadãos têm um direito moral à liberdade de expressão, o governo cometeria um erro ao revogar a Primeira Emenda, que o garante, mesmo que estivesse

⁴⁴ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 92.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 298.

⁴⁶ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 93.

convencido de que a maioria ficaria em melhor situação se esse direito fosse restringido⁴⁷.

Mais uma vez, entende-se que tais limitações democráticas são uma questão de justiça, uma vez que o sistema democrático é pautado na autodeterminação, sendo direito de todos a livre participação e o direito a liberdade de expressão, por exemplo, na votação relativa a escolha de seus representantes.

Outro argumento que protege o direito das minorias face às decisões impostas pela maioria está relacionado ao fato de que tais limitações democráticas são um dos principais fundamentos para a aprovação de Cartas de Direitos e outros freios constitucionais impostos aos poderes majoritários. Nesse sentido, verifica-se que Dworkin defende, de forma cristalina, tal fundamentação, haja vista que valida o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao utilizar uma leitura moral da Constituição, além de defender a aprovação de uma Carta de Direitos para a Grã Bretanha⁴⁸.

Portanto, torna-se nítido, que os documentos de direitos, bem como as legislações funcionam como verdadeiros instrumentos que asseguram os direitos das minorias e, de forma geral, garantem a democracia em sua plenitude.

Torna-se cristalino, portanto, que a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão amplamente respeitadas⁴⁹.

Desse modo, torna-se cediço que Dworkin, além de prestigiar direitos, enfatiza também os direitos das minorias, não deixando que as mesmas sejam simplesmente ofuscadas ou não respeitadas pela maioria. Tal contexto remete ao princípio da igual consideração e respeito mencionado alhures, uma vez que tal princípio também é fundamento para a proteção constitucional das minorias, ou seja, cada indivíduo deve ser considerado de forma única e respeitosa, ainda que faça parte de uma minoria.

Nesse sentido, ensina Dworkin que o benefício geral não pode ser considerado uma boa razão para limitação dos direitos, ainda que tal

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 294.

⁴⁸ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. p. 93.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 314.

benefício seja um elevado respeito pela lei, reiterando, mais uma vez, a importância dos direitos⁵⁰.

Tal situação reflete, novamente, os argumentos de Dworkin quando o mesmo defende a necessidade de cada juiz avaliar caso a caso, atendendo a todas as peculiaridades que lhe sejam apresentadas, de modo a proferir uma decisão justa para as partes, em plena observância aos direitos que estejam em questão. O juiz não deve se atentar, necessariamente, a impactos econômicos de sua decisão, mas sim, aos direitos que estão sendo discutidos, especialmente, se se tratar de um direito que envolva minorias.

4.4 A PREVALÊNCIA DA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN SOBRE A TEORIA DE RICHARD POSNER RELATIVA À MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA SOCIAL

Nos dias atuais, constata-se que, em regra, as atividades humanas são dotadas de um caráter ou, pelo menos, um reflexo econômico, tornando-se praticamente impossível a separação absoluta desses fatores.

Tais fenômenos sociais podem ser vislumbrados na capacidade de interferência das decisões judiciais, ou seja, na possibilidade de um magistrado assegurar o crescimento ou desenvolvimento econômico de uma sociedade por meio de seus julgados.

Esta corrente argumentativa, consoante já esposada alhures, é defendida pelo doutrinador Richard Posner, o qual visualiza nas decisões judiciais uma forma de potencializar a riqueza da sociedade, isto é, o juiz não necessariamente concederia os direitos legalmente previstos no caso concreto, mas decidiria qual julgamento beneficiaria mais a sociedade de forma geral, em termos econômicos. Defende, portanto, o uso da maximização da riqueza como princípio condutor da decisão judicial no *common law*⁵¹.

Entende-se que tal vertente argumentativa não pode prosperar por diversas razões bem delineadas por Ronald Dworkin.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 296.

⁵¹ POSNER, RICHARD. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 521.

Dworkin explana, de forma coerente e concisa, que os juizes devem analisar o caso concreto, e partir dele, detectar qual seria a regra ou principio mais adequado para se aplicar ao caso concreto. Portanto, afasta a hipotesis de que em todos os casos o juiz deve priorizar a maximizacao da riqueza social.

Ademais, Dworkin salienta que o aumento da riqueza social não é necessariamente um objetivo digno a ser alcançado, haja vista não haver razões que comprovem que uma sociedade como mais riqueza seja melhor. Não se olvidando ainda que, por vezes, um aumento de riqueza poderia implicar em perda de felicidade, haja vista que as pessoas almejam outros componentes, e tais componentes podem ser colocados em risco com o aumento da riqueza⁵².

Note-se ainda que, quanto aos argumentos de consentimento levantados por Posner, Dworkin explica que o consentimento utilizado para afirmar que todos consentiram, de forma prévia, com a aplicação de regras e principios que serão aplicados pelos juizes de modo a maximizar a riqueza, não é um consentimento direto, mas mero consentimento contrafactual, que sequer poderia ser considerado como uma forma de consentimento e, tampouco, como exercício de autonomia.

No que tange aos argumentos de interesse, Dworkin destaca que Posner confunde os conceitos de maximizacao da riqueza e superioridade de Pareto, haja vista que no primeiro, especialmente, uma das partes ou ambas envolvidas na ação judicial serão prejudicadas, fato que afasta a aplicação da teoria de Pareto, pois nesta ninguém pode ficar em situação pior. Ademais, os argumentos de interesse afirmam ser de interesse pessoal da maioria das pessoas que os magistrados julguem de modo a maximizar a riqueza social, contudo percebe-se que uma minoria não foi contemplada e sequer mencionada.

Tal linha de raciocínio viola os direitos da minoria supramencionados, e conseqüentemente, os preceitos de justiça e de democracia que uma sociedade deve almejar.

⁵² DWORKIN, Ronald, 2005. Op. Cit. p. 365.

Ademais, consoante defende Dworkin, os direitos dos indivíduos devem ser observados em todas as ações judiciais, independentemente se tal aplicação de direitos maximize ou não a riqueza da sociedade. Portanto, não se deve definir os direitos dos cidadãos de forma que possam ser anulados por supostas razões de bem estar geral⁵³.

Os juízes, ao exercer a atividade judicante, devem ser atentar para os padrões morais, devendo tornar a sociedade mais justa que rica. A denominada “abordagem econômica do direito” proposta por Posner não pode prevalecer, pois carece, consoante já mencionado, de fundamentos filosóficos defensáveis e não assegura, em sua integralidade, os direitos dos indivíduos.

Note-se que os direitos básicos são utilizados como verdadeiros freios, isto é, como limitadores de conduta. Há direitos tão essenciais, que são tidos como absolutos, ao passo que, há direitos com menor peso que podem ser relativizados nas decisões judiciais, contudo, só não se admite que os direitos, especialmente, os básicos, sejam violados por a finalidade estranha, que seria a de potencializar a riqueza social.

Nessa senda, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Dworkin quanto à relevância e importância dos direitos dos cidadãos:

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência (...).⁵⁴

Ademais, tais direitos encontraram-se positivados em Cartas e legislações que contam com a representação popular. Logo, os direitos não podem ser violados sob a alegação de que há uma finalidade que se sobrepõe aos mesmos.

Os direitos, que são trunfos, consoante mencionado alhures, representam um verdadeiro ganho da humanidade, a qual os reivindicou por

⁵³ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 313.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald, 2007. Op. Cit. p. 305-306.

décadas e até, séculos. Destarte, todos os movimentos pela formalização e concretização de direitos, especialmente aqueles previstos nas Cartas de direitos e as legislações, são conquistas da sociedade que devem ser asseguradas, especialmente, por meio das decisões judiciais, que devem assegurar direitos cabíveis ao caso concreto, bem com, fazer uma leitura moral de tais documentos jurídicos.

Não se deve admitir que os direitos sejam perdidos ou obstruídos por supostas alegações bem estar geral da comunidade ou de maximização dos ganhos de uma sociedade. Os direitos, por fundamentarem a ideia de justiça e de democracia, especialmente no que concerne ao direito das minorias, devem ser o ponto de partida e de finalização de toda e qualquer atuação do Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, verifica-se que, em que pese a corrente doutrinária defendida por Richard Posner, no sentido de que os magistrados possuem capacidade suficiente para julgar de modo a trazer benefícios maiores para a sociedade, isto é, de maximizar a riqueza social, tal vertente doutrinária não merece prosperar.

É imprescindível destacar que o Poder Judiciário exerce função de extrema importância para a sociedade, tendo o condão inclusive, de trazer, por meio de seus julgados, impactos econômicos amplos para todos. Contudo, entende-se que este não deve ser vislumbrado como o Poder que garante benefícios de ordem econômica para a coletividade, não se olvidando, que ainda que assegurasse tal preceito, isto não garantiria que a sociedade seria melhor ou mais justa, consoante esposado alhures.

O magistrado, ao julgar as ações judiciais, deve utilizar as regras e os princípios constantes no ordenamento jurídico, fazendo inclusive uma leitura moral do sistema jurídico como um todo. Desse modo, o juiz deve-se ater às peculiaridades de cada caso que lhe seja apresentado, não podendo proferir decisões gerais que visem, prioritariamente ou exclusivamente, aumentar a riqueza da sociedade.

Ademais, Dworkin ressalta a importância que os direitos possuem, seja como limitadores de conduta, seja como limitadores de objetivos ou fins. Afirma que os direitos básicos possuem preferência automática face a outros fins ou metas. Não se olvidando ainda que a Teoria dos Direitos de Dworkin se ocupa também dos chamados direitos das minorias, defendendo que em uma democracia, todos devem ser respeitados, aspecto, por vezes, tratado com indiferença por Richard Posner.

Nesse passo, concebe-se que a atividade judicante deve ser exercida de forma a prestigiar os direitos contidos nas Cartas de Direitos, bem como, nas legislações de forma geral, de modo a assegurar as conquistas obtidas secularmente pela sociedade e que merecem ser observadas pelos magistrados quando do julgamento de ações judiciais.

REFERÊNCIAS

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. *A economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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