



ENTRE O PRINCÍPIO DA UTILIDADE E O PRINCÍPIO DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA; OU O QUE PERMANECE DA FILOSOFIA POLÍTICA UTILITARISTA DE GEREMY BENTHAM NO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS* DIFUNDIDO NA UNIVERSITY OF CHICAGO? ¹

Alfredo Copetti Neto²

RESUMO

O presente ensaio trata do contemporâneo movimento jurídico chamado *law and economics*. Nesse sentido, buscou-se percorrer um aspecto histórico de sua base, que normalmente vem exposto como um de seus fundamentos, qual seja, a filosofia utilitarista; bem como, pretendeu-se esclarecer seu alicerce central atual, que estabelece seu norte de atuação, a maximização da riqueza. Entre ambas as questões, formou-se opinião para reconhecer a incompatibilidade política e, sobretudo, democrática, entre o princípio da utilidade e o princípio da maximização da riqueza.

Palavras-chaves: Princípio da utilidade. Princípio da maximização da riqueza. *Law and economics*.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Mostra-se cada vez mais evidente os traços economicistas no âmbito jurídico. Sobretudo, se levadas em consideração as especificidades desencadeadas pelos adeptos de

¹ Texto publicado anteriormente em: *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 27, n. 1: 79-92, jan./jun. 2011.

² Doutor em teoria do direito e da democracia pela Università degli Studi di Roma Tre (revalidado UFPR); mestre em direito público pela Unisinos. Cumpre estágio pós-doutoral PDJ-Cnpq no PPG-D Unisinos. Professor Unioeste, PPG-D Unijuí e Univel. Advogado OAB-RS. alfredocopetti@yahoo.com.

uma precisa corrente contemporânea, capitaneada, atualmente, pelo juiz americano Richard Posner³.

Para tanto, não se pretende averiguar a respeito de como os métodos e os conceitos econômicos têm assumido, progressivamente, influente papel no percurso da ciência jurídica, mas, antes de mais nada, esclarecer algumas (as essenciais) conexões internas de uma determinada teoria econômica aplicada ao direito contemporâneo⁴.

Todavia, é sabido que o resgate da discussão nesse horizonte corre o risco de transformar a proposta deste artigo em uma diagramação *hercúlea*, no sentido de horizontalmente vasta e não essencialmente aprofundada se não for orientada por uma precisão acurada; uma precaução especial, isto é, um ponto nodal de referência que pretenda especificar a discussão: discorrer acerca dos traços da filosofia política utilitarista ainda remanescentes – ou antagonicamente (pro)postos – no movimento contemporâneo chamado análise econômica do direito – *law and economics*.

Nesse enlace, a proposta, que servirá para determinar e examinar a premissa acima posta, é trazer uma visão histórico-crítica da relação estabelecida entre *direito e economia* para que seja possível compreender o motivo pelo qual, gradualmente no tempo, foi substituído o discurso filosófico-político-jurídico-econômico de ângulo reformador⁵ – fundado no *bem-estar geral da sociedade* –, em que o princípio da *utilidade*⁶ assumia um importante *locus*, pelo princípio da *maximização da riqueza* – vinculado à *eficiência econômica* –, compreendido como única finalidade do direito e como *avaliação social genuína*, revestida de uma análise de *custo/benefício* como instrumento analítico principal, concentrada na noção de *valor*⁷.

Obviamente que esses dois princípios – da *utilidade* e da *maximização da riqueza* – são reconhecidamente pontos paradigmáticos que determinam em algum grau as vestes político-econômicas assumidas por movimentos jurídicos, servindo, ainda, para elucidar o delineamento que por estes foi levado em conta, diante do desfecho histórico no qual estavam imersos.

³ Ver, por todas sua obra clássica: POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁴ Quanto às origens da *law and economics* ver: MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. I: The history and methodology of law and economics, p. 66.

⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law, 1836-1937*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 72.

⁶ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. New York: Dover Publications Inc. 2000. Chapter I.

⁷ POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 98 e segs.

Assim, por um lado, para que possa ser analisado o princípio da *utilidade*, é preciso dar um passo em direção ao passado, mais precisamente ao final do século XVIII, quando Jeremy Bentham, partindo da lei matemática de indiferença, colocou em questão a melhor forma de promover a felicidade ao maior número de pessoas, medindo o prazer e a dor por meio da *utilidade*⁸.

E, por outro lado, para poder analisar o princípio da *maximização da riqueza*, cabe considerar que ele tem sido subsidiado e refe(ve)renciado pela chamada *escola de Chicago*, pela qual Richard Posner – expoente máximo da mais nova geração da *law and economics*, datada do último quarto do século XX – ambiciona promover uma revalorização drástica no pensamento jurídico contemporâneo, aplicando e submetendo o direito a critérios estritamente econômicos formulados pela *Ortodoxia Neoclássica Marginalista subjetivista*⁹.

2 O PRINCÍPIO DA UTILIDADE E SUA POSIÇÃO REFORMADORA NA INGLATERRA DO SÉCULO XIX

O princípio da *utilidade* assume uma determinada posição diante da História. Ele rompe com a ideia de direitos naturais, correntemente em voga à época, e se assenta como única finalidade da atuação do poder público, na medida em que lhe impõe, à tomada de decisão, a busca da maior felicidade ao maior número de pessoas.

Dito de outro modo, tal qual delineado por Jeremy Bentham – seguido por James Mill e, depois, John Stuart Mill –, o princípio da *utilidade* tinha por detrás uma política reformadora que visava ao extermínio da utilização do poder público para fins privados, cujo intuito era a manutenção de privilégios sociais, políticos e econômicos das castas mais abonadas¹⁰.

⁸ BENTHAM, Jeremy. *op. cit.*, 2000 p. 1.

⁹ Sobre as origens da *Escola de Chicago* e a aplicação da *Ortodoxia Neoclássica Marginalista subjetivista* no direito, ver: DUXBURY, Neil. *Patterns of American jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 339 e segs.; MACKAAY, 2000, p. 71 e segs.; MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 51 e segs.; MINDA, Gary. *Teorie posmoderne del diritto*. Bologna: Mulino, 2001, Capítulo Quinto; COOTER, Robert et al. *Il mercato delle regole. Analisi econômica del diritto civile: I. Fondamenti*. Bologna: Mulino, 2006. p. 14-16 e 38-54; CHIASSONI, Pierluigi. *Law and economics: l'analisi econômica del diritto negli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli Editore, 1992. p. 27 e segs. Sobre os fundadores da *análise econômica do direito*, ver os clássicos ensaios de: COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, October, 1960; CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. In: *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961. POSNER, 2004, p. 55 e segs.

¹⁰ STEPHEN, Leslie. *The english utilitarians*. v. 1: *Jeremy Bentham*, 1900. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>>.

Abusos do poder público, segundo Bentham, não poderiam ser mais admitidos, na medida em que implicavam o aumento da desigualdade social e o estímulo de práticas monopolistas, as quais, se desvinculadas de *utilidade* social, deveriam ser controladas e sanadas – em última *ratio*, inclusive, pela intervenção do estado na economia¹¹.

A interferência do governo nas práticas econômicas – em casos especiais – deveria ser considerada de bom grado, segundo Bentham, se o mercado – entendido até então como lugar privado, no qual se desenvolviam as liberdades, regido por leis naturais – estivesse de alguma forma estimulando e provocando a desigualdade e, conseqüentemente, não estivesse voltado ao alargamento do interesse público¹².

Nesse sentido, mostra-se importante assumir posição e afirmar que Bentham era um reformador radical, cuja análise partia da peculiar situação em que se encontrava o poder público inglês no final do século XVIII – formalismo da Igreja Anglicana e corrupção institucional do Estado –, fundamentada em interesses antagônicos que provocavam o entrelaçamento de acordos políticos e que visavam à conservação de leis supostamente ilegítimas, as quais adquiriam perenidade em virtude da criação e da defesa de falácias dogmáticas postas como imutáveis¹³.

A saída encontrada por Bentham foi o engenho de uma nova *teoria da legislação*¹⁴ baseada na experiência, cujo intuito era romper com abusos práticos e criticar veementemente a proteção de leis – naturais – que, segundo ele, visavam somente aos interesses de uma moralidade classista e não estavam identificadas com as necessidades da sociedade em geral¹⁵.

As reformas defendidas por Bentham, que buscavam modificar o sistema jurídico inglês, iam diretamente de encontro aos *Commentaries on the Laws of England*, escritos por William Blackstone – um dos mais prestigiados juristas daquele tempo –, basicamente por este não haver cogitado a hipótese de que existiam casos em que a lei necessariamente teria de

¹¹ BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Published under the superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol 1. Chapter I: *Introduction*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/1922/114390>>. Acesso em: 15/02/2009. HOVENKAMP, 1991, p. 72.

¹² BENTHAM, 1843, Introduction.

¹³ STEPHEN, 1900, p. 96 e segs.

¹⁴ BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. V. 1: Chapter: *A fragment on Government*. Em especial o Capítulo III. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>>. BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation, op. cit.*, 2000, p. III-XII.

¹⁵ STEPHEN, 1900, p. 98.

ser modificada, pois desfavorável aos interesses de bem-estar comum¹⁶.

Blackstone era avesso a reformas, sobretudo àquelas de cunho constitucional, por entender que qualquer que fosse a reparação atinente à *Constituição Britânica* – que, segundo ele, endossava uma espécie de caráter santificado – traria somente imperfeições. Acreditava, desse modo, que o sistema de leis britânico estava amparado filosoficamente por uma espécie de *contrato social*, o que também legitimava a obrigatoriedade de obediência do povo à autoridade do governo. Seria inútil, para ele, conduzir o povo a um estado anárquico em nome de uma presumida liberdade reformadora¹⁷.

À percepção de Bentham, contrariamente, a reforma era inexorável, pois o papel primordial do direito se definiria em compasso com o princípio da *utilidade*, em que o alvo visava a oferecer segurança jurídica às expectativas singulares e, logo, a proteger o bem-estar da coletividade¹⁸.

Para tanto, a construção de uma base concreta calcada em um corpo teórico, político e moral, *cientificamente comprovado*, era de fundamental importância para avaliar, de forma sólida e justa, as ações públicas inerentes ao sistema social.

Com a adoção do princípio da *utilidade*, Bentham pode propiciar o fundamento para avaliação das ações individuais e, dessa maneira, resguardar o bem-estar dentro da sociedade, haja vista que os princípios morais e legislativos tinham no respeito ao indivíduo o seu alicerce, e sua finalidade compreendia inclusive a felicidade da sociedade em geral.

A aversão ao conservadorismo foi um dos grandes motes que levaram Bentham a formular o princípio da *utilidade* e, por meio dele, defender a pioneira *Reform Bill* inglesa, iniciada ainda na primeira metade do século XIX, que consistia, sobretudo, em ressignificar o papel do governo perante o povo, implementando reformas para a melhoria do bem-estar da população – baseadas na redistribuição da renda e da riqueza –, defendendo a imparcialidade política do parlamento e estimulando avanços sociais e democráticos, que acarretariam o alargamento da esfera pública e, fundamentalmente, o caráter não absoluto do poder.

Habermas¹⁹ põe em destaque esta reviravolta ocorrida entre os Séculos XVIII e XIX, cujo alargamento da esfera pública burguesa propiciou a abertura de um *locus* de pertencimento social, em que foram possibilitadas discussões e tomadas de decisões acerca de temas de interesses gerais da sociedade, desvinculados e até mesmo ativamente contrários a

¹⁶ BENTHAM, 1843, v. 1. Chapter: *A fragment on Government*. Em especial prefácio à primeira edição publicada em 1776.

¹⁷ Id. Em especial capítulo I.

¹⁸ Id., em especial capítulo I.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Storia e critica dell'opinione pubblica*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

domínios, arbitrariedades e opressões determinadas pelas corporações e pelo Estado.

Nesse sentido, é inerente afirmar que o princípio da *utilidade* constituiu, à época em que foi defendido, um inegável avanço social, considerando que Bentham, por meio de uma nova *teoria da legislação* baseada no princípio da *utilidade*²⁰, visava a condenar qualquer espécie de política institucional que agisse, sobretudo juridicamente, em benefício de determinada classe elitista e estimulasse a desigualdade.

3 O PRINCÍPIO DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E A PROPOSTA ECONOMICISTA NEOCLÁSSICA DEFENDIDA PELA UNIVERSITY OF CHICAGO

Entretanto, a perspectiva do princípio da *maximização da riqueza* tem por detrás uma outra aspiração, isto é, uma ideologia de conservação do *status quo* que permite pensar o volume da riqueza como fim em si mesmo e, nesse sentido, sustentar a autonomia regulatória de um panorama em que, além de se desvincular do Direito, o submete às suas aspirações.

Explicitamente, o pensamento sustentado por Richard Posner²¹ observa que: de um lado, o ordenamento jurídico é somente uma variável dentro do sistema econômico, no qual as instituições legais são tratadas não como pontos estanques, do lado de fora da estrutura econômica, mas como pertencentes a essa mesma estrutura²²; do outro, esse próprio pertencimento do direito à economia tem um motivo intrínseco, ou seja, a coesão das técnicas econômicas neoclássicas – baseada no pressuposto de que os indivíduos são *maximizadores racionais* e o direito tem um papel mediador que faz a variação dos preços relativamente conexa ao comportamento dos sujeitos.

Em outras palavras, a atual *análise econômica do direito* pretende, com base no princípio da *maximização da riqueza*, propor um *pacto reformador* para o direito, que garanta tanto o esvaziamento da autonomia jurídica, como a possibilidade de se repensar unitária e economicamente o sistema legal²³.

Para tanto, o princípio da *maximização da riqueza*, que responde aos fundamentos estabelecidos pela *economia marginalista neoclássica subjetivista*, insere-se e, além disso, justifica-se no mundo jurídico – na visão da *análise econômica do direito* –

²⁰ SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: legislator of the Word. In: FREEMAN, Michel (Ed.). *Current legal problems. Legal theory at the end of the millennium*. New York: Oxford University Press, 1998. v. 51, p. 126-47.

²¹ POSNER, 2004, p. 4-5.

²² MACKAAY, 2000, p. 65.

²³ Ver, nesse sentido, a importante crítica luso-brasileira: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166 e segs.

pela sua (suposta) capacidade de possibilitar uma transparência metodológica que tornaria possível a reconstrução empírico-explicativa dos sistemas legais tal qual eles são realmente²⁴.

Essa capacidade se faz necessária diante do argumento que coloca a teoria do direito²⁵ – *legal theory* – em um amplo paradoxo, ou seja, como uma teoria estritamente ligada a problemas práticos do Direito, excluída da tradicional *filosofia do direito* e, desse modo, desvinculada da análise de questões que requeiram um alto grau de abstração; como uma teoria que se valha de disciplinas externas ao aparato jurídico, no caso o aparato econômico *neoclássico marginalista subjetivista*, para, hipoteticamente, escapar de uma suposta incoerência subjetiva dos juízos morais e, com isso, possibilitar ao direito critérios de neutralidade, clareza e cientificidade.

É partindo dessa perspectiva que o princípio da *maximização da riqueza*, compreendido como um *valor social genuíno*²⁶, enquadraria o direito numa autossustentabilidade regulativa – ou numa automática submissão regulatória – que o desvincularia de qualquer necessidade de comprovação empírica, o afastaria de uma discussão externa de cunho filosófico e metodológico e ainda, desse modo, o levaria às indiscutíveis comprovações de equilíbrio eficiente desenhadas pela *economia marginalista*²⁷.

Sob esse enfoque econômico, competiria ao direito, num primeiro momento, identificar e compreender as pressuposições da sociedade – sempre considerando critérios de necessidade/escassez – e, após isso, formular uma estratégia condizente à realização dessas pressuposições, que, obviamente, estariam de acordo com o núcleo constitutivo da *análise econômica do direito*, qual seja: a mobilização determinada de uma diagramação que se coloca racionalmente em direção às noções de *riqueza*, *maximização* e *valor*, fundamentada na ideia de *homem econômico* – como agente maximizador da eficiência – que opera determinado por critérios de preferências estáveis, cujas orientações são finalísticas em seu próprio interesse e desvinculadas de qualquer juízo moral²⁸.

²⁴ Id., p. 148-149. AMUCHASTEGUI, Jesús González. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa*, n. 15-16, 1994. p. 937 e segs.

²⁵ POSNER, 2004, p. 2.

²⁶ Id., p. 100. Ver, desde já, a crítica posta por DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, em que o autor faz a pergunta sobre a possibilidade de a riqueza ser um valor social.

²⁷ ROSA, 2009, p. 169.

²⁸ Id., p. 177.

4 ASPECTOS CONCLUSIVOS: A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA UTILIDADE E O PRINCÍPIO DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA ÀS VESTES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS

Para elucidar a questão, cabe pôr a pergunta: é possível dizer que existe alguma relação teórica comum entre o princípio da utilidade e o princípio da maximização da riqueza?

Pode-se sustentar, *prima facie*, que existe uma relação muito mais de ruptura que de ligação ou evolução entre ambos, tendo em vista as bases paradigmáticas diversas em que se encontram ancorados.

Ocorre que o princípio da *maximização da riqueza* é o fim estabelecido pela *economia marginalista subjetivista*²⁹, justificado pela compreensão da economia como *teoria do comportamento racional*, cujo objeto de análise é exclusivamente estabelecer a melhor maneira (maximização) de utilizar os recursos escassos que existem à disposição.

Não importa ao marginalismo qualquer análise dos *fins* para os quais serão utilizados os recursos – escassos – maximizados. Ou seja, o *fim* do marginalismo é encontrar o *meio* mais apto à maximização. Como disse o inglês Lionel Robbins em seu célebre *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science: economics is a science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*³⁰.

Nesses termos, a economia se posiciona distante de vinculações morais ou sociais, daquilo que é justo ou injusto. Para atingir o *status* de ciência, a concepção marginalista da economia se destaca das privações ou dos sofrimentos existentes no sistema social e tenta reduzir, se possível, suas descrições e análises em fórmulas matemáticas³¹.

Enquanto, por um lado, historicamente, a economia clássica se definia pelo “estudo das características de cada sistema social sob o ângulo da produção, distribuição e emprego da renda, fundada na concepção de homem como homo faber”; por outro, atualmente, o problema econômico marginalista mudou radicalmente de apoio e se estabeleceu sob a ótica do consumo, do comportamento do indivíduo econômico, cujos

²⁹ NUNES, António José Avelãs. *Um introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 33-40 e 540-583. GALBRAITH, John Kennet. *Storia dell'economia*. 11.ed. Milano: BUR, 2006. p. 119-29. RONCAGLIA, Alessandro. *Lineamenti di economia politica*. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 76-98. ROLL, Eric. *A history of economic thought*. Oxford: Alden Press, 1973. p. 424 e segs.

³⁰ ROBBINS, Lionel C. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: Macmillan, 1932. p. 16.

³¹ GALBRAITH, 2006, p. 142.

problemas se referiam às “escolhas racionais entre meios alternativos e limitados para a satisfação de necessidades ilimitadas, constituída pela ideia de homem como homo economicus”³².

Era imprescindível, para tanto, criar e aceitar uma maneira precisa para valorizar univocamente os efeitos resultantes de uma determinada ação sobre a coletividade, cuja finalidade era possibilitar, sob qualquer hipótese, um *mapa de preferências* que pudesse estabelecer equilíbrio às escolhas do consumidor³³.

Nesse sentido, o princípio da *utilidade* sofre uma (*re*)*adaptação* para que possa entrar no arcabouço conceitual do marginalismo, isto é, ele deixa de ser compreendido como *medida da felicidade* – utilidade cardinal –, tendo como argumento principal a dificuldade de se justificar a sua mensuração, e passa a ser considerado como uma mera *descrição de preferências* subjetivas individuais sem qualquer interrelação ente sujeitos – utilidade ordinal.

Entretanto, esta readaptação tem um motivo implícito que em algum grau ultrapassa o campo estritamente científico e se transforma em uma questão ética. Isto é, aquilo que, em termos gerais, era um simples *meio* de medida – prazer/dor – para atingir a felicidade se converte em um *fim* – custo/benefício – em si mesmo.

Quando o marginalismo se apropria do princípio da *utilidade* – e junto dele a atual *análise econômica do direito* para a sua aplicação em casos jurídicos –, ele somente se apropria de uma face do utilitarismo, responsável pela *descrição do comportamento humano* – meio –, e deixa de lado todo o fundamento utilitarista, que se estabelece como uma *teoria ética* – fim.

E, ainda mais, aquele *meio cardinal* – prazer e dor – constituinte da parte comportamental do princípio da *utilidade*, cujo fundamento ético era a busca da felicidade, quando adaptado ao marginalismo econômico como critério *ordinal* de preferências – custo/benefício –, além de assumir o lugar de fim, de fundamento, e deixar de lado toda a parte utilitarista referente a uma *teoria ética*, também readaptou aquela parte primeira de juízo comportamental do princípio da *utilidade* – agora assumido como fim – a todo o aparato ideológico ligado ao marginalismo, ou seja, ao *homem econômico* e seu emaranhado de pressupostos de racionalidade e cientificidade.

³² RONCAGLIA, 2007, p. 9-10.

³³ HARGREAVES-HEAP, S.; HOLLIS, M. Economic man. In: EATWELL, J. et al. *Palgrave dictionary of economics*, 1991. v. 2, p. 53 e segs.

Em outras palavras, o princípio da utilidade quando apropriado ao marginalismo econômico – e obviamente incorporando toda sua gama de *critérios de cientificidade* – sofreu uma drástica mudança: perdeu o seu intrínseco caráter ético e com ele qualquer vínculo moral – que não fosse agora aquele de *maximizar a riqueza*. Ou melhor dito, a ética da *utilidade* passou a ser articulada e defendida como a (est)ética da *eficiência* econômica. Uma espécie de *eficiência* pela simples *eficiência*, condicionada pela economia como *ciência da escolha* enquanto disciplina vinculada à conduta dos homens em relação aos bens – escassos – de consumo³⁴.

Visando a tal propósito, a mais célebre teoria da *eficiência* econômica foi desenvolvida por Wilfredo Pareto³⁵, que, partindo dos critérios de *utilidade ordinal* para descrever o comportamento humano – bem como a sua derivação e/ou adaptação proposta por Kaldor e Hicks³⁶, baseada no *critério de compensação* –, buscou *ordenar as preferências individuais manifestadas no mercado*, cuja justificativa se enquadrava agora no novo modo de pensar a economia, ou seja, levando em conta o problema de como gerir eficientemente a escassez de recursos.

Desse modo, a partir das conjecturas marginalistas, o que ganhou tónus em economia foi a ideia de *eficiência* econômica, pois, uma vez estabelecida a *utilidade ordinal subjetiva*, o intento então era minorar custos e majorar benefícios visando exclusivamente à *maximização da riqueza*, entendida simplesmente pela maximização da soma dos objetos que poderiam ser medidos pelo *valor*; e o *valor*, por sua vez, regulado pelo critério objetivo e *cientificizado* da *utilidade ordinal*, isto é, da relação que se estabelecia entre sujeitos consumidores e suas disposições preferenciais subjetivas de pagamento ou renúncia a um determinado bem.

Uma espécie de prosseguimento do *darwinismo social*, anteriormente proposto por Herbert Spencer³⁷, cuja justificativa se enquadrava na ideia de desigualdade fisiológica do próprio sistema social, em que somente aqueles *geneticamente* aptos a consumir e, desse modo, a negociar suas preferências, estariam capacitados à *maximização da riqueza*.

³⁴ NUNES, 2007, p. 555.

³⁵ PARETO, Wilfredo. *Manuale di economia política*. Milano: EGEEA, 2006. p. 107 e segs.

³⁶ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparison of utility. *The Economic Journal*, p. 549-552, Sept. 1939. HICKS, John. The foundations of welfare economics. *The Economic Journal*, December 1939. p. 696-712.

³⁷ SPENCER, Herbert. *The study of sociology*. London: Henry S. King, 1873. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/1335>>, especialmente, capítulo XIV.

Foi desse modo que Posner se apropriou do princípio da utilidade, reduzindo-o a uma mera análise de custo-benefício, isto é, dizendo que o que Bentham uma vez chamou de *dor* ele chamaria de *custo*; e aquilo nomeado outrora de *prazer* agora seria *benefício*³⁸.

Entretanto, o princípio da *maximização da riqueza*, sustentado pela *análise de custo/benefício* e incorporado à visão atual da *análise econômica do direito* – embora tenha ignorado, por um lado, a concepção de uma *teoria ética* proposta pelo *utilitarismo* e, por outro, readaptado a concepção de juízo comportamental do princípio da utilidade aos ditames da *economia marginalista* –, foi de início expressamente definido por Posner como um *conceito ético*, que traria ao sistema jurídico a parte mais coerente do *utilitarismo* e da *moral kantiana*³⁹.

Porém, tendo em vista uma ainda maior necessidade de *neutralização e autonomização* das propostas defendidas pela *análise econômica do direito*, acolhendo o princípio da *maximização da riqueza*, Posner apresentou uma mudança interna de fundamento: o que era uma vez chamado de *conceito ético*, embora padecendo da falta de uma autêntica teoria ética, agora se justificava como uma *prioridade pragmática*⁴⁰, cujo principal interesse seria o de corroborar a suposta legitimidade dessa conceituação ideológica diante do direito como único princípio guia previamente estabelecido.

De toda forma, considerando cuidadosamente ambos os pontos – que se distinguem como fundamento, mas que também se aproximam como critérios referenciais, de racionalização exponencial formal de cada teoria –, imediatamente se avista que os *princípios econômicos*, ou aquilo que assim é considerado, têm uma complexa natureza.

Basta justamente perceber que o princípio da utilidade foi criado por Bentham como uma doutrina filosófica, cuja justificativa se enquadrava em um projeto jurídico-político, promovido por uma classe determinada de reformadores, que encontrou também no campo econômico um ponto chave de aplicação.

Inversamente, Posner é o exemplo do jurista que, influenciado por uma gama de economistas, defende uma recente escola de pensamento, segundo o autor, de cunho

³⁸ POSNER, 2004, p. 55.

³⁹ POSNER, Richard. *The economic of justices*. Topeka: Topeka Bindery, 1981. p. 55 e segs.; POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. USA: Harvard University Press, 1990. p. 390 e segs.

⁴⁰ POSNER, 2004, p. 102.

(neo)pragmático⁴¹, que anseia pela aplicação de princípios e métodos referencialmente econômicos – *marginalistas* – a todas as áreas do direito, não somente àquelas áreas prontamente vinculadas e associadas à econômica, mas também àquelas áreas internas, basilares do organismo jurídico, que examinam a formação, a estrutura, o impacto do direito e dos sistemas legais na sociedade⁴².

Não obstante isso, é já evidente que, para a formulação de argumentos econômicos, se incorporam motivações de cunho ideológico, político, social e religioso que servem, em um determinado contexto histórico, para justificar, além da urgência, a veracidade/fé de cada aproximação teórica.

Nesse sentido, no específico debate entre *direito e economia*, ou melhor dizendo, no interesse econômico que o direito desperta, haja vista que é um ordenamento coenvolto na atividade econômica, entram em jogo, não obstante o papel desenvolvido pelo direito nos confrontos que se estabelecem pelas/nas relações econômicas, sobretudo as funções e compromissos de caráter econômico que pertencem às instituições jurídicas.

Levando em conta a afirmativa acima colocada, a discussão nesses termos se estabelece pelas indagações: *se pelo direito surge um interesse de viés econômico, tendo em vista o seu envolvimento em questões referentes às atividades econômicas, quais são os compromissos assumidos pelo direito no que tem a ver com o próprio viés econômico, em geral? E quais desses compromissos podem ser submetidos (isso se algum pode) a critérios econômicos estabelecidos nos moldes criados pelo movimento contemporâneo chamado análise econômica do direito, em particular?*

Trata-se aqui, talvez, de considerar essas questões sob o ponto de vista da *democracia*, mais especificamente da concepção proposta por Luigi Ferrajoli de *democracia substancial*⁴³, que reassume o papel transformador do direito tal qual uma vez desenvolvido por Bentham, porém incorporando à discussão outros consideráveis critérios, que reajustam e revigoram o discurso jurídico em direção ao (novo) constitucionalismo, em cuja base se encontra, taxativamente, a proteção e a garantia dos *direitos fundamentais*.

É salutar, para tanto, percorrer alguns labirintos internos, o que ultrapassa o interesse deste ensaio, e compreender algumas importantes aspirações históricas/teóricas,

⁴¹ Posner, na verdade, muda sua concepção da economia neoclássica ao (neo)pragmatismo jurídico. Quanto ao neopragmatismo de Posner ver a crítica de: DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 75-8 e 105-11.

⁴² POSNER, 2007, p. 55 e MACKAAY, 2000, p. 66.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria do direito e da democracia*. Roma-Bari: Laterza, 2007..p. 303 e segs.

para que se possa preencher o arcabouço conceitual que caracteriza a atual *análise econômica do direito* e entender por qual motivo, a partir dela, o discurso baseado no princípio da utilidade perdeu espaço para aquele, cujo princípio da maximização da riqueza passou a ser a pedra angular.

BETWEEN THE PRINCIPLES OF UTILITY AND WEALTH MAXIMIZATION; OR, WHAT REMAINS OF UTILITARIAN POLITICAL PHILOSOPHY FROM GEREMY BENTHAM IN THE MOVEMENT OF LAW AND ECONOMICS BROADCAST AT UNIVERSITY OF CHICAGO?

ABSTRACT

This essay deals with the contemporary legal movement called law and economics. Accordingly, we sought to go a historical aspect of its base, which is usually exposed as one of its foundations, namely, the utilitarian philosophy; as well, we sought to clarify its current central foundation, which establishes its northern operations, the wealth maximization. Between both issues, it was formed an opinion to recognize the political mismatch and, especially, democratic, between the principle of utility and the principle of wealth maximization.

Keywords: Principle of utility. Principle of wealth maximization. Law and economics.

REFERÊNCIAS

AMUCHASTEGUI, Jesús González. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa*, n. 15-16, 1994.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. New York: Dover Publications Inc. 2000.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**. Published under the superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. Vol 1. Chapter I: *Introduction*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/1922/114390>> Acesso em: 15/02/2009.

_____. **The works of Jeremy Bentham**. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. V. 1: Chapter: *A fragment on Government*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>>. Acesso em: 16/02/2009.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. In: **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, 1961.

CHIASSONI, Pierluigi. **Law and economics**: l'analisi econômica del diritto negli Stati Uniti. Torino: Giappichelli Editore, 1992.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, October, 1960.

COOTER, Robert et al. **Il mercato delle regole. Analisi econômica del diritto civile: I. Fondamenti**. Bologna: Mulino, 2006.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria do direito e da democracia**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

GALBRAITH, John Kennet. **Storia dell'economia**. 11. ed. Milano: BUR, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Storia e critica dell'opinione pubblica**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

HARGREAVES-HEAP, S.; HOLLIS, M. Economic man. In: EATWELL, J. et al. **Palgrave dictionary of economics**. Londres: The Macmillan Press, 1991. v. 2.

HICKS, John. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, p. 696-712, December 1939.

HOVENKAMP, Herbert. **Enterprise and American Law, 1836-1937**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparison of utility. **The Economic Journal**, p. 549-552, Sept. 1939.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. I: The history and methodology of law and economics.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MINDA, Gary. **Teorie posmoderne del diritto**. Bologna: Mulino, 2001.

NUNES, António José Avelãs. **Um introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PARETO, Wilfredo. **Manuale di economia política**. Milano: EGEA, 2006.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. **The economic of justices**. Topeka: Topeka Bindery, 1981.

_____. **The problems of jurisprudence**. USA: Harvard University Press, 1990.

ROBBINS, Lionel C. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan, 1932.

ROLL, Eric. **A history of economic thought**. Oxford: Alden Press, 1973.

RONCAGLIA, Alessandro. **Lineamenti di economia política**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: legislator of the Word. In: FREEMAN, Michel (Ed.). **Current legal problems. Legal theory at the end of the millennium**. New York: Oxford University Press. 1998 v. 51.

SPENSER, Herbert. **The study of sociology**. London: Henry S. King, 1873. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/1335>>. Acesso em: 21/02/2009.

STEPHEN, Leslie. **The english utilitarians**. v. 1: *Jeremy Bentham*, 1900. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa>>. Acesso em: 21/02/2009.