



Tiago Ivo Odon

# Justiça como Equilíbrio

Uma conversa entre Filosofia do Direito,  
Economia & Sociologia



Novas Edições  
Acadêmicas

**Tiago Ivo Odon**

**Justiça como Equilíbrio**



**Tiago Ivo Odon**

# **Justiça como Equilíbrio**

**Uma conversa entre Filosofia do Direito, Economia  
& Sociologia**

**Novas Edições Acadêmicas**

**Imprint**

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Cover image: [www.ingimage.com](http://www.ingimage.com)

Publisher:

Novas Edições Acadêmicas

is a trademark of

International Book Market Service Ltd., member of OmniScriptum Publishing Group

17 Meldrum Street, Beau Bassin 71504, Mauritius

Printed at: see last page

**ISBN: 978-613-9-68877-7**

Copyright © Tiago Ivo Odon

Copyright © 2018 International Book Market Service Ltd., member of  
OmniScriptum Publishing Group

All rights reserved. Beau Bassin 2018

## **Justiça como Equilíbrio**

*Uma conversa entre Filosofia do Direito, Economia & Sociologia*

**Tiago Ivo Odon**

*Para Tâmara, meu ponto de equilíbrio.*

## ÍNDICE

<b>Introdução</b> .....	5
<b>Capítulo 1 - Justiça e Razão</b> .....	9
1.1. Harmonia e equilíbrio .....	9
1.2. Alocação e o lugar de cada um .....	17
1.3. Distribuição e a vez de cada um.....	19
1.4. Necessidade x Utilidade ou Necessidade = Utilidade? .....	24
1.5. Contrato social .....	29
1.6. O governo econômico .....	36
<b>Capítulo 2 - Justiça e Maximização</b> .....	40
2.1. Maximização .....	40
2.1.1. Utilidade.....	43
2.1.2. Equilíbrio e eficiência .....	50
2.2. Caixa de Edgeworth .....	58
2.3. Valor.....	66
2.4. Valor e eficiência .....	71
2.5. Igualdade x liberdade x eficiência .....	74
2.6. Princípios x objetivos.....	80
2.7. Verdade é valor? .....	84
<b>Capítulo 3 - Justiça e Coordenação</b> .....	87
3.1. Paradoxo de Condorcet .....	87
3.2. Dominação .....	96
3.3. Estado como acordo de elites.....	102
3.4. Ponto focal .....	109
3.5. Contrato social como jogo .....	111



3.5.1. Jogo de cooperação .....	117
3.5.2. Jogo de coordenação .....	122
3.6. Direito como jogo .....	125
3.7. República das crenças .....	129
<b>Capítulo 4 - Justiça e Equilíbrio .....</b>	<b>137</b>
4.1. O que é um direito? .....	137
4.2. Coase e os <i>trade-offs</i> .....	140
4.3. Direitos ótimos .....	142
4.4. Rawls .....	148
4.5. Mill .....	154
4.6. Nozick .....	158
4.7. Pontos de equilíbrio .....	160
4.7.1. Ponto de Igualdade (I) .....	161
4.7.2. Ponto de Rawls (R) .....	162
4.7.3. Ponto de Mill (M) .....	162
4.7.4. Ponto de maximização da riqueza total (W) .....	163
4.7.5. Ponto de Nozick (N) .....	163
4.7.6. Ponto Feudal (F) .....	164
4.7.7. Qual o melhor ponto de equilíbrio? .....	164
<b>Conclusão .....</b>	<b>167</b>
<b>Referências bibliográficas .....</b>	<b>171</b>

## **Introdução**

Este livro é uma conversa entre filosofia do direito, economia e sociologia, disciplinas que, juntas, são uma arma poderosa para a resolução de problemas concretos. Este livro será útil a juristas, economistas, sociólogos, cientistas políticos e estudiosos de áreas afins que se importam com a ideia de justiça, academicamente ou profissionalmente.

No meu trabalho como consultor legislativo no Senado Federal, em que precisava elaborar projetos de lei, pareceres e estudos para senadores sobre questões importantes (criminalizar ou não uma conduta, aumentar ou reduzir penas, alterar regras de progressão de regime de pena etc.), as consequências práticas das escolhas políticas muitas vezes se perdiam em discussões estéreis sobre valores e experiências pessoais.

O direito carece de um ferramental analítico para descrever a realidade sobre a qual operam juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídicas.

A economia oferece uma linguagem simples, objetiva e direta. Com poucas palavras, uma equação simples ou um gráfico é possível comunicar rapidamente uma ideia. O direito não é tão simples. Nos casos em que mais de uma interpretação é viável, o direito não oferece um critério seguro que ofereça a resposta correta, e muitas vezes as escolhas são influenciadas pela ideologia ou visão de mundo dos agentes públicos que precisam decidir. A economia oferece mais distanciamento e pragmatismo. A sociologia, por sua vez, oferece alguns porquês, e uma reaproximação com a sociedade.

A economia é um método, uma técnica de raciocínio que ajuda a apontar soluções. Ela oferece uma teoria poderosa do comportamento humano: a teoria da escolha racional, cujo núcleo é a razão instrumental, que calcula custos e benefícios para ter controle sobre a realidade. Não é uma razão que busca a virtude, como aquela dos pensadores clássicos (como Platão e Aristóteles), mas uma razão que busca o método para melhor administrar uma população e os recursos sociais (Espinosa, Hobbes, Locke, Mill). Ela é o pano de fundo da Revolução Moderna que fundou o Estado Moderno a partir do século XVII.

A democracia é um método que satisfaz preferências individuais por meio da ação coletiva. O Estado de Direito é um método que busca coordenar as preferências individuais uma vez dada a decisão coletiva. Enquanto os economistas são bons para analisar essas preferências dos indivíduos, a sociologia oferece respostas sobre as fontes dessas preferências. A economia ensina que os indivíduos respondem a incentivos, e a sociologia ensina de onde vêm esses incentivos.

Este livro é, portanto, um esforço para discutir os fundamentos do direito de forma objetiva e pragmática. Não significa adotar um rumo moralmente neutro, mas analisar o aspecto moral dentro de um modelo que também exige eficiência. O valor precisa ser manuseado como um critério de justiça, um critério para valorar o resultado ou para valorar o procedimento. O valor não pode estar livre e ser acessível para qualquer fim em qualquer situação conveniente. Ele precisa estar incorporado metodologicamente a uma teoria política de justiça, que computa as escolhas políticas de uma dada sociedade e justifica a decisão.

O objetivo deste livro é um apenas: oferecer subsídios para a resolução de problemas concretos, que enfrentamos no dia-a-dia, seja como

um cidadão comum, seja como um agente público – um juiz, um servidor público ou um político.

O que é justo? Qual é a melhor alocação de direitos e deveres? Que critério usar para melhor distribuir riqueza? Como dizer com segurança o que é “bom” e o que é “ruim”? Se tudo é debatível não produzimos ciência, já dizia Aristóteles. Precisamos gerar segurança jurídica.

A lei precisa reduzir a incerteza, alocar bem direitos, levar em conta a escassez do orçamento, encontrar um equilíbrio que dê estabilidade ao Estado de Direito e gere legitimidade. Se a sociedade, em suas trocas espontâneas diárias, se encontra em um equilíbrio ruim, o Estado precisa intervir para coordenar os comportamentos e oferecer leis e políticas públicas para redirecionar a sociedade para um equilíbrio melhor. Mas o que é um “equilíbrio melhor”? Isso é polêmico? Não deve e não pode ser.

Nossa organização política se funda sobre uma grande ideia filosófica resumida em quatro princípios no art. 1º da Constituição Federal. Que ideia é essa? Os objetivos de nossa República estão elencados no art. 3º, que apontam o caminho que escolhemos seguir como nação. Esses objetivos são consistentes entre si? Os juristas não se fazem essas perguntas. Mas elas são fundamentais.

Uma abordagem interdisciplinar oferece respostas que muitas vezes a disciplina pura tem dificuldades de oferecer.

Tanto no Parlamento quanto no Judiciário, encontramos muito casuísmo, intuicionismo e incoerência. Há excesso de razão ornamental, falta razão instrumental.

Este é o plano que seguiremos. No Capítulo 1, resgataremos pensadores clássicos e modernos para tratar da importância da razão instrumental para a formação do Estado de Direito que conhecemos hoje. No Capítulo 2, trataremos da maximização da utilidade, operação nuclear da razão instrumental, e dois aspectos importantes dessa operação: tendência ao equilíbrio e busca pela eficiência. Nessa análise, abordaremos a necessidade do valor para o direito e a importância de ser estudado dentro de uma dimensão ética, para poder preencher e dar sentido à ideia de justiça.

No Capítulo 3, analisaremos os limites da razão e a importância de conceitos da sociologia, como legitimidade e dominação, para compreender como o Estado de Direito se sustenta e se viabiliza no tempo. Para isso, exploraremos a teoria dos jogos. Por fim, no Capítulo 4, mostraremos que a justiça é uma entre possibilidades de equilíbrio disponíveis, e que só pode ser concretizada por uma sociedade quando os seus valores são conhecidos e bem compreendidos.

Vamos à jornada!

## Capítulo 1

### Justiça e Razão

#### 1.1. Harmonia e equilíbrio

Dado um conflito concreto, em que duas partes arguem direitos perante um juiz, que precisa fazer justiça, podemos dizer que sempre haverá uma resposta correta? Os gregos diziam que sim. Os gregos defendiam a existência de uma ordem natural, uma harmonia oculta, independente da vontade humana, que poderia ser decifrada e descoberta pelo homem. Ou seja, as respostas para as grandes perguntas da existência estão dadas na natureza, e precisam ser buscadas.

Os gregos antigos nos legaram um ideal que guiou a história ocidental humana: o homem é capaz de conhecer a natureza e decifrá-la com argumentos e contra-argumentos. Trata-se do ideal da inteligibilidade da natureza, a capacidade de formar um sistema de ideias gerais que seja necessário, lógico, coerente e em função do qual todos os elementos de nossa experiência possam ser interpretados (Prigogine, 1996).

Podemos dizer que a filosofia nasceu da matemática. Pitágoras defendia que a natureza é inteligível através dos números. Existem números embutidos nas coisas. Mais adiante trataremos o direito como um jogo e o analisaremos através de números (teoria dos jogos). Precisamos descobrir o número que existe nas coisas. Esse foi o caminho inicial que tomou o que hoje chamamos de filosofia.

Antes de continuarmos com Pitágoras, é oportuno mencionar Heráclito. Contemporâneo de Pitágoras, Heráclito foi o filósofo que descobriu a ideia de *mudança*. Até então, os filósofos gregos encaravam o

mundo como um vasto edifício estático, de que as coisas materiais constituíam o material de construção. Para Heráclito, não existia tal edifício estável: “Tudo está em fluxo e nada está em repouso” foi o lema de sua filosofia. Há um fundo político aí: ele viveu numa era de revolução social, em que as aristocracias tribais gregas começavam a ceder à força nova da democracia (Popper, 1998).

As filosofias de Platão e de Aristóteles viriam em seguida para, retornando a Pitágoras, resolver os problemas desse mundo em mutação colocado por Heráclito. Para Platão, a lei da decadência poderia ser quebrada pela vontade moral do homem, sustentado pela força da razão humana. As coisas em fluxo, degeneradas e decadentes seriam a descendência de coisas perfeitas, cópias imperfeitas de originais perfeitos. Chamou esses originais de *ideias*. A palavra grega “ideia” significa “imagem” ou “modelo”. Assim, separou ideia e coisa. A ideia platônica é o original e a origem da coisa, é a racionalidade, a razão de sua existência; o princípio estável e sustentador em virtude do qual a coisa existe. Ou seja, a teoria por trás do fato, o juízo sobre o mundo, o mecanismo lógico e causal da natureza, a sua razão. Enfim, ideia e coisa separados! Até hoje o conhecimento científico repousa sobre essa dicotomia seminal. Essa separação está em nossa Constituição, como veremos.

Precisamos desconfiar do que vemos com os olhos, do que tocamos com as mãos. A realidade exterior e sensível pode enganar. O “senso comum” reproduz cópias de imagens. O cientista busca o que está por trás, a imagem original. Existe uma engenharia oculta até para o dever ser, o comportamento moral.

Assim, Platão buscou conhecer a ideia por trás da política, a arte de governar os homens, resolvendo, assim, o caos visto por Heráclito.

Afinal, como se poderia discutir qualquer questão política se a concepção de “governo” mudava a cada fase do desenvolvimento histórico? Platão foi levado a inquirir sobre a “virtude” das coisas, a “essência”, o substrato, ou seja, a “racionalidade” da coisa. A partir dessa inquietação, podemos fazer a seguinte pergunta: como discutir qualquer questão jurídica se a concepção de “justiça” varia e muda a depender do juiz ou de cada fase do desenvolvimento histórico? Precisamos voltar aos números!

Se andarmos com um grande espelho para todos os lados e olharmos tudo ao redor apenas através dele, o que estaremos vendo é o mundo real? No trecho do diálogo a seguir, de *A República*, de Platão (1996, p. 451-463), o protagonista Sócrates fala de um “artífice natural” ou “criador”, que fabricou a terra, o céu e tudo o que se vê ao redor. Gláucon, seu ouvinte, logo exclama: “É um sábio de espantar, esse a que te referes”. Talvez nem tanto. “Se quiseres pegar num espelho e andar com ele por todo o lado”, continuou Sócrates, “em breve criarás o sol e os astros no céu, em breve a terra, em breve a ti mesmo e aos demais seres animais, os utensílios, as plantas”. Ora, mas não são reais, replicou Gláucon. E assim o diálogo prosseguiu:

-Atingiste perfeitamente o ponto que eu precisava para o meu argumento. Com efeito, entre esses artífices conta também, julgo eu, o pintor [...] vais-me dizer que o que ele faz não é verdadeiro. E contudo, de certo modo, o pintor também faz uma cama. Ou não?

-Faz, mas que também é aparente.

-E o marceneiro? Não dizias ainda há pouco que ele não executava [...] a cama real, mas sim uma cama qualquer? [...] Logo, se faz o que não existe [...] e se alguém afirmasse que o produto do trabalho do marceneiro ou de qualquer outro artífice era uma realidade completa, correria ele o risco de faltar à verdade?

-Assim pareceria [...]



Então inicia-se a estruturação fundamental do argumento platônico. Quando Platão se refere à “cama real”, está se referindo à “ideia cama” ou “forma cama”, como uma imagem padrão, única e imutável:

-Acaso não existem três formas de cama? Uma que é a forma natural, e da qual diremos [...] que Deus a confeccionou. [...] Outra, a que executou o marceneiro. [...] Outra, feita pelo pintor. [...] Logo, pintor, marceneiro, Deus, esses três seres presidem aos tipos de leito.

-São três.

-[...] Queres então que intitulemos [Deus] artífice natural da cama, ou algo de semelhante?

-É justo, uma vez que foi ele o criador disso [...].

-E quanto ao marceneiro? Acaso não lhe chamaremos o artífice da cama?

-Chamaremos.

-E do pintor, diremos também que é o artífice e autor de tal móvel?

-De modo algum. [...] O título que me parece que se lhe ajusta melhor é o de imitador daquilo de que os outros são artífices.

-Seja – concordei eu –. Chamas, por conseguinte, ao autor daquilo que está três pontos afastado da realidade, um imitador.

-Exatamente. [...]

Platão mostra que a pintura tem o fim de imitar a realidade. Mas não consegue imitá-la como realmente é, mas apenas como ela aparece. É uma imitação da aparência e não da realidade. Platão desconfiava da sabedoria das massas, pois estão sempre três pontos afastadas da realidade, assim como desconfiava de políticos e juízes que não buscavam a *razão* por trás de seus juízos.

Essa separação entre verdade e realidade produz seus ecos até os dias de hoje. Em resumo, o que vemos pode nos enganar. Em toda essa trajetória filosófica está implícita a ideia de que, se nossa percepção alcançasse o *real* na sua verdadeira *essência*, não haveria necessidade de raciocínios, hipóteses e teorias que preenchessem o vazio da percepção direta. No entanto, há, desde Platão até os modernos, a necessidade de

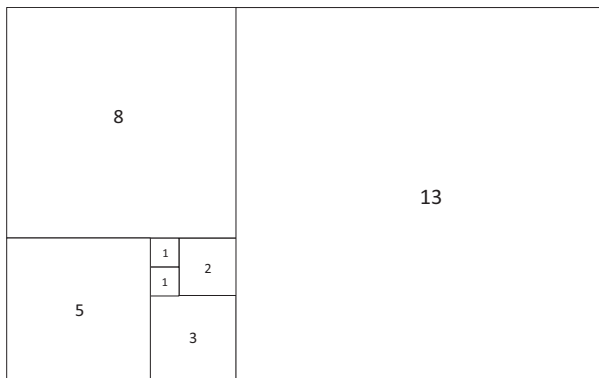
preencher esse vazio: optou-se, portanto, por *pensar* a realidade, e não por *percebê-la*.

Você adquire conhecimento sobre o mundo argumentando, medindo, calculando, nomeando. Uma ideia fundamental na filosofia é, portanto, *logos*, termo que tem a conotação, entre outras, de “palavra”, “medida” e “razão” (Russell, 2015). “Razão” é uma relação entre grandezas, sejam estas argumentos ou números. Você acessa e decifra o mundo por meio da palavra (argumentos e contra-argumentos) e do cálculo.

*Logos* é uma ideia cara ao direito. É um ponto de partida fundamental ver a justiça como um *dizer fundado num cálculo*, um *pensar ou falar com medida e proporção*, que organiza a realidade.

Uma boa pergunta inicial seria: a distribuição de direitos e deveres na sociedade deve seguir uma regra natural? A sequência de Fibonacci, por exemplo, já foi vista como a descoberta de um segredo do universo. Trata-se de uma sequência de números inteiros, partindo do zero, obtida da soma dos números antecedente e subsequente: 0, 1, 1  $[0 + 1]$ , 2  $[1 + 1]$ , 3  $[1 + 2]$ , 5  $[2 + 3]$  e assim sucessivamente.

**Figura 1 – Fibonacci**



Dividindo-se o número subsequente pelo seu antecedente, temos a chamada razão áurea. O resultado de todas as razões entre esses números se aproxima do número 1,6:

$$\frac{1}{1} = 1,0; \frac{2}{1} = 2,0; \frac{3}{2} = 1,5; \frac{5}{3} = 1,666\dots; \frac{8}{5} = 1,6; \frac{13}{8} = 1,625; \frac{21}{13} = 1,615\dots; [\dots] \frac{610}{377} = 1,618\dots$$

Essa razão áurea pode ser amplamente encontrada na natureza (na reprodução das abelhas, no nautilus, na anatomia humana), em obras arquitetônicas, na Mona Lisa de Leonardo da Vinci (a proporção entre o rosto e o corpo segue a razão áurea), até mesmo na forma do cartão de crédito em sua carteira. Então voltamos à pergunta: existe uma regra oculta na natureza?

Pitágoras chegou à importância dos números estudando a música. Podemos pensar nas cordas de um violão. Uma corda solta é a tônica, e tocando a tônica juntamente com a corda pressionada no braço do instrumento na posição  $3/4$ , tem-se uma quarta; na proporção  $2/3$ , temos uma quinta; na metade ( $1/2$ ), temos uma oitava. O som que resulta dessas combinações é confortável aos ouvidos. Pitágoras percebeu uma musicalidade, uma harmonia. Há números que formam uma progressão por trás dessa harmonia:

$$\frac{1}{2} \quad \frac{2}{3} \quad \frac{3}{4}$$

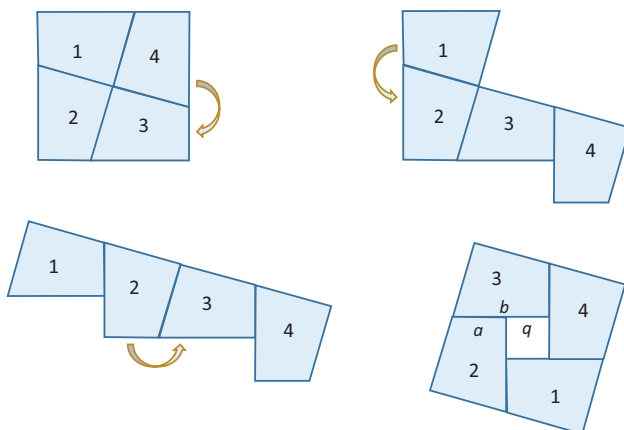
Várias ideias que hoje circulam em nossa sociedade remetem à Pitágoras: a noção de harmonia no sentido de equilíbrio; o ajuste e a combinação de opostos mediante uma afinação adequada; a ideia de caminho intermediário na ética (evitar os extremos) etc (Russell, 2015). Assim, para os gregos antigos, a ideia de justiça tinha forte afinidade com a ideia de harmonia e equilíbrio. Justiça é equilíbrio e injustiça é falta de equilíbrio; ou seja, um estado que ofende a harmonia, a razão harmônica.

**Equilíbrio**, nesse sentido, é uma combinação de números em que a natureza encontra estabilidade. As coisas que vemos ao redor, como pedras, bolhas de sabão e ondas do mar, por exemplo, são todos arranjos estáveis; no caso, arranjos estáveis de átomos. As bolhas de sabão tendem a ser esféricas porque essa é uma configuração estável para películas finas cheias de gás. Numa nave espacial, a água também é estável na forma de corpúsculos esféricos, mas, na Terra, onde está sujeita à ação da gravidade, a superfície estável da água em repouso é plana e horizontal. Os cristais de sal de cozinha tendem a ser cúbicos porque essa é uma maneira estável de reunir íons de sódio e de cloreto (Dawkins, 2007).

Na vida social, vendo a interação entre as pessoas como jogos, temos jogos que apresentam mais de um equilíbrio possível (chamamos de jogos de múltiplo equilíbrio). Nesses casos, para conquistarmos paz social, não serve qualquer estado estável, mas apenas o bom estado estável, aquele que traz harmonia, como a música confortável aos ouvidos.

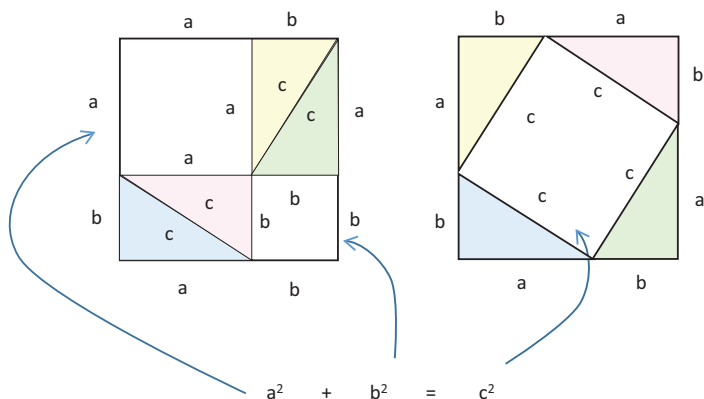
Nesse sentido, podemos ver a justiça como uma técnica na busca da harmonia, a razão agradável à sociedade, que nada mais é do que conjugar e compor números. Na Figura 2, podemos pensar na composição e melhor distribuição de direitos e deveres para as pessoas 1, 2, 3 e 4 em jogo por meio da busca de proporções ( $a$ ,  $b$  e  $q$ ).

Figura 2 – Proporções



Na conhecida fórmula de Pitágoras (a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa), há um pouco do  $a$  e do  $b$  no  $c$  (Figura 3). A fórmula final encontra harmonia e decifra um problema. Há uma composição, há uma fórmula, há um caminho a ser seguido.

**Figura 3 – Fórmula de Pitágoras**



Essa fórmula muito nos diz sobre justiça.

Ou seja, o direito pode ser entendido como *logos* positivado – palavra e razão postas, estatuídas, expressas na forma de lei. O direito produz ordem na sociedade, ele compõe e busca o equilíbrio social. Os operadores do direito devem buscar pela melhor resposta nos conflitos diários, e essa resposta está à disposição.

## 1.2. Alocação e o lugar de cada um

Platão e Aristóteles são pensadores fundamentais para refletirmos sobre alocação e distribuição de direitos e deveres na sociedade, partindo da ideia-base de justiça como equilíbrio.

Platão pensa sua República a partir de três grandes classes sociais, inspiradas nos três intervalos musicais de Pitágoras, que traduzem três modos de viver – a armada (que demanda a coragem do soldado), o trabalho (que demanda o prazer do artífice) e o governo (que demanda a sabedoria do líder). O justo se relaciona com a vocação: você tem talento para defender a cidade, para ser artífice ou para governar? Cada um deve

encontrar o seu lugar. O todo ganha e encontra estabilidade e equilíbrio se cada parte encontrar o seu lugar.

É possível pensar a ideia de justiça em Platão como *alocação*. *Dar a cada um o que é seu* resume a ideia básica de justiça em Platão. Em outras palavras, o *desempenhar cada um a sua tarefa*. Há justiça se “a classe dos negociantes, auxiliares e guardiões se ocupar das suas próprias tarefas, executando cada um deles o que lhe compete na cidade” (1996, p. 188). Essa alocação eficiente, que evita desperdício de talentos (e, por isso, encontra um equilíbrio, e, por isso, é justa), é o que conserva a igualdade. Pois os cidadãos, “no maior número possível, se regozijam e se afligem com as mesmas vantagens e perdas”. Portanto, o Estado deve encontrar uma função para os indivíduos de acordo com suas inclinações naturais: se predomina a coragem – a armada; se predomina o prazer – o trabalho; se predomina a ciência – o governo.

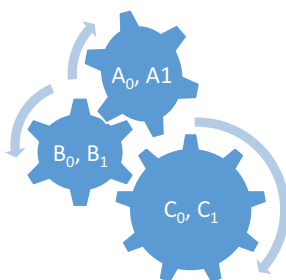
A sociedade encontra a sua forma estável, como a bolha de sabão, e, portanto, a justiça reina, quando cada um cuida da própria vida, cada qual faz o trabalho que lhe compete, sem se intrometer nos assuntos alheios. Essa minimização de choques de interesses permite ao corpo político funcionar eficientemente. Percebe-se claramente a noção de justiça fortemente atrelada às noções de equilíbrio e harmonia, o sereno funcionamento do todo através da adequada função de cada parte.

A lei deve captar esta necessidade natural: o lugar de cada um, dar a cada um o que é seu. A Constituição pode ser vista como um contrato que prevê uma dotação inicial de direitos e deveres, com base numa dada dotação de fatores presentes na sociedade (terra, trabalho, capital), e tal contrato precisa alocá-los a seus destinatários, a seus devidos titulares. Quando a dotação é realizável, factível, dentro do orçamento da cidade e

conforme os recursos privados disponíveis, com a oferta encontrando seus destinatários, de modo que todos melhorem de situação sem que ninguém piore, encontramos o equilíbrio e, assim, realizamos justiça.

A sociedade platônica é estática, conforme ilustrado na Figura 4, sendo alocado direitos e deveres para cada pessoa,  $A_t$ ,  $B_t$  e  $C_t$  (sendo  $t$  o tempo, o que indica a posição social de cada um no tempo), de acordo com seus talentos naturais, e por meio desse mecanismo a sociedade encontra seu equilíbrio.

**Figura 4 – Sociedade platônica**



A sociedade aristotélica é mais dinâmica, como veremos a seguir.

### **1.3. Distribuição e a vez de cada um**

Em Aristóteles, a razão por trás da coisa, sua essência, seu substrato, é o seu fim. Perguntar pela natureza da coisa (o *logos*) é perguntar pela sua finalidade. Assim, “a natureza de cada coisa é precisamente o seu fim” e “todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem”. Aristóteles descobre uma ética oculta.

**Razão de ser da coisa = finalidade = o bem**



O Estado (a *polis* grega) é a “esperança de um bem”, disse Aristóteles (1991). O homem aristotélico é um animal social e político, que quer realizar seus fins no Estado. Não é apenas para viver juntos, mas sim para “bem viver juntos que se fez o Estado”. Os homens fazem leis e criam o direito em busca do bem, do bem viver. Essa é precisamente a dimensão ética da razão. Os homens possuem propósitos e perseguem fins, e o Estado é visto como uma sociedade estabelecida, com casas e famílias, para se viver bem, isto é, “para se levar uma vida perfeita e que se baste a si mesma” (vida com medida, com proporção).

O bem é determinado pelo que é para uma pessoa o mais racional plano de vida a longo prazo, dadas as circunstâncias favoráveis. O Estado é o lugar que permite aos seus cidadãos realizarem tais planos de vida, agirem no mundo, terem uma vida ativa. Para Aristóteles, “felicidade consiste em ação”. Essa ideia influencia a filosofia política até os dias de hoje.

Aristóteles relacionou justiça e virtude ética em *A Política* da seguinte forma: “Quando o monarca, a minoria ou a maioria não buscam, uns aos outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo” (1991, p. 93). Em outro trecho: “que o melhor governo seja aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz” (1991, p. 50). Ou seja, o homem busca maximizar felicidade diante dos constrangimentos externos.

### **Realizar fins → maximizar felicidade → vida ativa**

São Tomás de Aquino buscava conjugar a filosofia de Aristóteles com a filosofia cristã na Idade Média. Defendeu ser o fim último da vida humana a felicidade, sendo necessário, assim, “que a lei antes de tudo se dirija à ordem da felicidade” (2001, p. 8).

John Locke escreveria no século XVIII: “A necessidade de procurar a felicidade é o fundamento da nossa liberdade” (1998, p. 105).

E John Stuart Mill (2000) fundaria o princípio do utilitarismo no século XIX na maximização da felicidade e minimização da dor. Afinal, conforme Kant, “a consciência que um ente racional tem do agrado da vida e que acompanha ininterruptamente toda a sua existência é a felicidade” (2008, p. 38).

Se o Estado permite que o homem encontre felicidade, o Estado é justo. Justiça é o equilíbrio em que vige felicidade, em que o homem age e produz e realiza seus fins. Em outras palavras, justiça é que *cada um tenha a sua vez*, que o Estado distribua bem socialmente, dada uma certa dotação inicial de fatores, para que cada um tenha oportunidade de agir, de ser feliz.

Uma boa distribuição, fundada em um bom cálculo, que encontra um bom equilíbrio, garante a igualdade das pessoas como potência, como possibilidade. O Estado potencializa assim a capacidade de cada indivíduo.

Mas a vida ética pressupõe atividade. A potência se realiza em ato, realiza fins. A ação no mundo é realidade, e premiará conforme o mérito e, portanto, desigualará no curso da vida, e o Estado precisará estar atento para controlar os excessos, evitar os extremos, o desequilíbrio socialmente danoso. A melhor constituição é aquela onde a riqueza não é de mais nem de menos. Assim, para Aristóteles, o Estado com uma classe média preponderante seria o mais estável.

Aristóteles pensa em uma reta com dois extremos e desenvolve uma teoria do meio termo. A justiça está no meio, a composição de

opostos; é uma proporção aritmética: “o justo é o meio entre os dois extremos que se opõem à proporção”. Assim, a lei deve tratar as pessoas como iguais e se preocupar com a diferença do dano (a proporção) (2005, p. 57-59). Justiça é entendida então como harmonização de contrários, harmonização das diferenças.

Aristóteles oferece uma forma de cálculo para chegarmos a um bom equilíbrio. Podemos supor uma pessoa pobre que demanda redistribuição de riqueza por parte do Estado para poder se alimentar. O meio entre dois extremos é o ponto equidistante, igual para todos. De 0 a 10, é 5. Mas não é desse meio de que fala Aristóteles. É preciso levar em conta a proporção. Ele fala de um meio-termo relativo, considerando a posição social da pessoa em relação aos demais na sociedade. 10 pode ser demais e 2 pouco, 6 é o meio relativo, porque excede e é excedido por uma quantidade igual ( $6 - 2 = 4$  e  $10 - 6 = 4$ ). 6 é intermediário de acordo com uma proporção aritmética.

Se 10 moedas são demais para uma determinada pessoa comer e 2 é demasiadamente pouco, não se segue daí que o Estado lhe redistribuirá necessariamente 6 moedas, pois pode ainda ser demasiado, ou mesmo pouco. Mas serve como uma referência. A justiça distributiva final se dará com base no caso concreto, pois deve-se evitar o excesso e a falta, buscando-se e escolhendo-se o meio-termo.

Na Figura 5, olhando para o máximo possível que a cidade pode pagar (10 moedas – ponto D) em relação ao mínimo exigível para o bem viver, o viver feliz (2 moedas – ponto B), temos o meio termo 6 (C), equidistante dos extremos, e que representa um ganho de bem-estar em relação à pior situação ( $A = 0$ ). Nas palavras de Aristóteles, a conjunção do

termo A com C e de B com D é o que é justo na distribuição, e o injusto é o que viola a proporção. O justo é proporcional.

**Figura 5 – Proporção aristotélica**



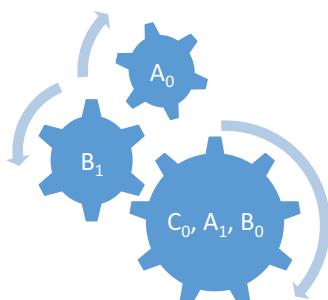
Nesse exercício, B-D é o espaço em que a pessoa pobre melhora de situação sem que ninguém piore. O espaço A-B não é negociável. Dentro do espaço eficiente B-D, a proporção aponta a solução justa, C (ponto de referência).

A proposta de Aristóteles é muito útil para pensarmos a justiça. Ele oferece um critério normativo que orienta a decisão pública (maximização de felicidade) e uma forma de cálculo. Em outras palavras, oferece um critério ético (valor, que é uma escolha que busca realizar fins) e uma forma de cálculo que define a solução diante de alternativas viáveis (qualquer ponto entre B e D na reta; ou seja, vários pontos de equilíbrio factíveis).

**Bem → valor → solução justa = equilíbrio**

A sociedade aristotélica não é estática como a platônica. Na Figura 6, são distribuídos direitos e deveres para as pessoas  $A_t$ ,  $B_t$  e  $C_t$ , possibilitando mudanças de posição social (da posição  $A_0$  para  $A_1$ , de  $B_0$  para  $B_1$ ) por meio do seu agir no mundo, e com compensações aos menos afortunados convergindo para um meio termo, o que favorece a formação de uma classe média numerosa, e assim a sociedade encontra seu equilíbrio.

**Figura 6 – Sociedade aristotélica**



O Estado ideal de Aristóteles deveria ficar ao alcance da vista de alguém que se coloca no topo de uma colina. Uma população muito numerosa tende a perturbar o equilíbrio. De fato, o tamanho da população se tornaria um problema para o Estado Moderno, como veremos.

#### **1.4. Necessidade x Utilidade ou Necessidade = Utilidade?**

A filosofia antiga opera numa visão de mundo que defende uma ordem das coisas que independe da vontade humana (*physis*). Isto é, “a idéia da existência de uma ordem jurídica eterna e imutável, independente da vontade dos poderes constituídos e superior a seus comandos” (Ferreira Filho, 2001, p. 28).

Tanto em Aristóteles quanto em Platão, o direito se relaciona a uma ordem racional, dada pela natureza, independente da vontade humana. Ou seja, um mundo matemático que demanda equilíbrio, que exige *logos*, que cobra medida. Um mundo em que a razão controla e regula a perigosa vontade humana. É esse *mundo da necessidade* (mundo da natureza, *physis*) que será desmontado com a fundação do Estado Moderno, a partir do século XVII (o Estado de Direito que conhecemos hoje), e será substituído pelo *mundo da utilidade* do homem (*nomos*).

Em Platão e Aristóteles, a resposta para a justiça está na natureza, independente do homem; é necessária, não é negociável se o homem busca o bem viver. Já o Estado Moderno, fundado a partir do século XVII, é homem-dependente. O Estado de Direito é um método encontrado para que os homens pudessem se perpetuar, se autopreservar. Nele não se busca a virtude ou um casamento com uma ordem natural dada, mas satisfazer os interesses do próprio homem. A resposta é criação, é útil, é negociável, é barganhável se o homem quiser conviver harmonicamente com seus vizinhos. O Estado passa a ser visto, na Era Moderna, como criação a partir da coordenação de vontades, de preferências individuais, com interesses distintos e conflitantes, mas com um interesse geral e sobreposto comum – evitar a violência.

Liberdade é uma palavra importante para essa revolução moderna. A partir dela podemos falar de liberalismo jurídico, matéria-prima a partir da qual foi redigida a nossa Constituição de 1988.

Com a ascensão da igreja cristã, a filosofia é engolida pela teologia. A Academia de Platão é fechada em 529. O homem como sujeito de conhecimento ficou dependente de um ser externo (Deus), pois passou-se a partir do pressuposto de que *o homem não é capaz de conhecer por si só*. O movimento de libertação teve início com o Renascimento (o nome é sugestivo, indica uma retomada de rumos), no século XVI, que conduziu, através das vicissitudes da Reforma e das guerras religiosas e revolucionárias, às sociedades livres modernas. Foi um movimento inspirado por um “inigualável optimismo epistemológico, por uma visão extremamente optimista do poder humano de discernir a verdade e adquirir conhecimento” (Popper, 2003, p. 20). O homem volta a ser *capaz de*

*conhecer por si só*, e, a partir de Descartes (2000), o método representa o caminho mais fácil para se chegar à verdade.

No cerne dessa nova perspectiva acerca da possibilidade do conhecimento reside, segundo Popper, a doutrina de que a *verdade é manifesta*. De acordo com ela, a verdade está à disposição, possivelmente velada, mas que pode ser desvelada por nós. É um retorno à Antiguidade clássica.

Essa epistemologia otimista ensinou que homem nenhum necessita de recorrer à autoridade ou à tradição para saber o que é verdadeiro, posto que cada um transporta em si as fontes do conhecimento – seja no poder de percepção dos seus sentidos, que pode aplicar à observação da natureza, seja no seu poder de intuição intelectual, que pode utilizar para distinguir a verdade do erro, recusando-se a aceitar qualquer ideia que não tenha sido clara e distintamente percebida pelo intelecto (Popper, 2003).

*O homem pode conhecer, por isso pode ser livre*. Essa é a fórmula que explica, segundo Popper, a conexão entre o otimismo epistemológico e as ideias do liberalismo.

A verdade foi identificada com o que a mente podia pesar, medir e contar. A concepção aristotélica de um universo orgânico foi rejeitada em favor de um universo mecânico e moralmente neutro (Berman, 1983). Essa revolução epistemológica moldou o direito no continente europeu a partir do século XVII e até hoje produz seus efeitos.

A ponte que permite a passagem dessa liberdade epistemológica à liberdade contida na lei – ou seja, a lei como liberdade positivada – é a ideia do **contrato social** (Hobbes, Locke). O Estado de

Direito é um método de coordenação social, fundado a partir da celebração de um contrato social entre indivíduos livres, que calculam e sabem o que querem, que tinha por principal preocupação controlar a violência e, assim, garantir liberdades na forma de direitos (vida e propriedade). As pessoas abrem mão da liberdade sem regras – estado de natureza – para terem mais liberdade (com regras) – estado do governo civil.

Na revolução moderna, a razão que decifra a engrenagem por trás das coisas, que buscava a virtude no mundo ideal e orgânico habitado por homens sociáveis da Antiguidade clássica, com uma receita oculta de *dever ser*, passa, na Era Moderna, a buscar pela autopreservação de homens insociáveis num mundo mal, mecânico e moralmente neutro. A razão agora não quer apenas descobrir, mas controlar a natureza.

Espinosa (2000), em pleno Renascimento, trouxe uma ideia importante de **liberdade**: ela é consciência da necessidade de preservação do ser. Essa ideia de liberdade é fundamental para o direito moderno e o positivismo. É essa a ideia de liberdade que encontramos na lei, e não a ideia de liberdade como livre-arbítrio. São diferentes. A lei é um meio de preservação do homem, um meio que dá incentivos de cooperação e coordenação para a realização de fins.

### **Liberdade ≠ Livre-arbítrio**

Assim, Espinosa traz também a ideia de duração: o homem progride no tempo, caminha para frente e precisa olhar para si e para os seus próximos para desenvolver suas faculdades naturais e realizar seus planos racionais de vida. “Sem mútua cooperação os homens nunca poderão viver bem e cultivar a sua alma”, escreveu (2000, p. 446). Esse é o uso adequado da razão, que se traduz em “poder sobre si mesmo”. Espinosa não para por aí: “Quanto mais o homem é concebido por nós como livre,



mais somos obrigados a julgar que deve necessariamente conservar o seu ser e possuir-se a si mesmo” (2000, p. 444). Quanto mais racional, mais livre é, e assim não pode preferir o mal – pensamento que está em sintonia com Locke e Montesquieu. O ser demanda um dever ser para continuar sendo.

**Racionalidade = Moralidade → cooperação + coordenação →  
autopreservação**

O homem usa sua **razão instrumental** para adequar meios a fins, calcular e maximizar seus interesses, e controlar o meio natural e social que o cerca. Espinosa retoma a ideia clássica platônica que separa a ideia da coisa, hoje um patrimônio do pensamento ocidental, para dizer que o homem investiga e interpreta a natureza, tornando-a inteligível, e assim controlável, através de ideias.

A operação básica da razão instrumental, que chamaremos de análise padrão de custo-benefício, pressupõe um interesse geral no bem-estar humano. Não está necessariamente relacionada ao utilitarismo. É uma preocupação mais básica e anterior. É um método de ação no mundo, não um critério normativo (Posner e Adler, 1999). Para seguir adiante na história, o homem precisa produzir ganhos que excedam os custos. O Estado de Direito foi arquitetado dessa forma, e se preserva no tempo se manter esse balanço.

O mundo moderno é representação, e não mais revelação. Ele é concebido na medida em que representado, interpretado, idealizado, num processo que depende da ação do homem. O homem filtra a realidade, que é complexa e com excesso de informação, retém o que é útil com o fim de controlá-la. Cada indivíduo tem a sua função de utilidade, suas preferências, e age de acordo. Isso é maximização (Capítulo 2). Assim, agir

conforme a necessidade de conservação e continuidade da espécie humana é agir utilmente.

Então:

**Necessidade = Utilidade**

**Moralidade = Racionalidade**

Assim resumimos a revolução moderna. A razão exige maximização da utilidade, o que automaticamente se torna um dever moral.

### **1.5. Contrato social**

Os dois grandes modelos clássicos da razão política repousam sobre uma ficção de origem na qual a política é uma reunião de indivíduos ligados entre si, seja por sociabilidade natural (Aristóteles), seja por necessidade de superar sua insociabilidade natural a fim de assegurar sua conservação (Espinosa, Hobbes, Locke). Essa necessidade de autopreservação levou os homens a celebrarem um pacto entre si, em que todos se beneficiam da obediência alheia, o que nada tem a ver com virtude. Trata-se de uma solução técnica, em que qualquer um tende a perder se mudar as regras unilateralmente. É um modo de ser (cooperação e coordenação de interesses para incentivar sociabilidade) que se opõe e resolve outro modo de ser (falta de cooperação e coordenação, e violência em razão da insociabilidade natural).

Sem uma autoridade central e sem a lei, os homens tendem a jogar o equilíbrio que prejudica o grupo (dilema do prisioneiro). Se há mais de um equilíbrio possível, os homens precisam da autoridade e da lei para guiá-los rumo ao melhor equilíbrio (jogo da caçada). Esses jogos serão explorados no Capítulo 3.

A teoria do contrato social em Hobbes e Locke oferece algumas distinções importantes. Direito é liberdade em ambos, o que é a

base do liberalismo jurídico. O direito permite que o homem dono de si aja e maximize utilidade no mundo como achar melhor, desde que respeite a liberdade (direito) do outro. Em Hobbes, a lei contém e limita o direito. Em Locke, o direito é protegido pela lei.

### Direito ≠ Lei

No estado de natureza de Hobbes (2000), todos podem tudo (liberdade sem freios), o que significa que todos têm direito a tudo. Vem o Estado com a lei para limitar o direito e assim gerar ordem. Em Locke (1998), as liberdades que as pessoas tinham no estado de natureza (ou seja, direitos naturais, como a vida e os bens) precisam ser preservados no estado civil, a lei vem para servir a tais direitos, protegê-los, e não para limitá-los. O direito não se submete à lei; é a lei que se ajusta ao direito. Daí a lei torna-se liberdade positivada. E o Poder Judiciário, a autoridade julgadora, é que deve garantir tal Estado *de Direito*, principalmente contra monarcas maus ou incompetentes.

É uma equação:

**Figura 7 – Equação de Locke**



Outra equação seria: Razão + Força – Direito = Estado de Natureza

O ministro da Justiça brasileiro, Lafayette Rodrigues Pereira, disse em 1879: “Ao Poder Judiciário se acha confiada a principal função do Estado, a função que é, por assim dizer, a razão final do mesmo Estado – a

de fazer respeitar o direito, protegendo contra as agressões da força e contra as insídias da má fé e da fraude” (*apud* Odon, 2013).

Na proposta do liberalismo jurídico, o Parlamento passaria a legislar e outro órgão passaria a executar: os tribunais. Os tribunais seriam o “poder executivo”. Eles transformariam a lei genérica em realidade concreta. No *Espírito das Leis*, Montesquieu se refere ao Judiciário, “poder de julgar”, ao lado do poder da coroa, como “poder executivo” (1995, p. 187).

Enquanto no pacto hobbesiano, visando à preservação de vidas numa guerra de lobos, os indivíduos transferiam a um terceiro (homem ou assembleia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente a sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã, no pacto lockeano os indivíduos concordavam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza (como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade). O Estado representa uma melhora de situação (ganho de eficiência, como veremos no Capítulo 2).

Ou seja, a teoria do contrato social, que funda o Estado Moderno, joga o indivíduo para antes da sociedade política, atribuindo-lhe direitos individuais, direitos esses desconhecidos dos gregos antigos.

A ideia-prima é que esses direitos naturais e inalienáveis estariam melhor protegidos sob o amparo da *lei*, a lei abstrata e impessoal, formulada por um corpo comum unitário (Parlamento). A mudança de foco de Hobbes para Locke é importante, de submissão para consentimento, e a identificação da liberdade na lei seria anunciada mais tarde com clareza em famoso trecho de Montesquieu: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que

as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder” (1995, p. 186). É o que chamamos de **equilíbrio de Montesquieu**. Precisamente aí se sustenta o contrato social. Como bem resumiu Dworkin (2002), o homem que se encontra em seu centro é um homem que se beneficia da obediência alheia, e não o homem que leva uma vida virtuosa por sua própria obediência.

O equilíbrio de Montesquieu é um equilíbrio social no qual, pressupondo o funcionamento regular das instituições, ninguém tende a ganhar se quebrar as regras unilateralmente. É o que matemáticos e economistas chamam de **equilíbrio de Nash**. Por definição, em teoria dos jogos, um equilíbrio de Nash é uma previsão de uma estratégia viável para cada jogador de tal forma que a estratégia de cada jogador maximiza seu próprio retorno esperado (*payoff*), considerando o que os outros jogadores tendem a fazer. Nessa previsão, ninguém ganharia alterando unilateralmente a sua estratégia.

Há fronteiras dentro das quais a sociedade é livre do Estado, e essa sociedade deve ser regulada e protegida *pelo direito*. Para Montesquieu, “Estado” era igual à “sociedade onde há leis”. O princípio básico é o de que “nenhum poder pode ser considerado absoluto, apenas os direitos o podem” (Berlin, 2002, p. 267).

Rousseau pensou o contrato social como um jogo. O governo civil oferece previsibilidade ao reduzir a incerteza. Rousseau propôs o que ficou conhecido como o **jogo da caçada** (*stag hunt game*), e com base nele refletiu sobre a dificuldade que os homens naturalmente têm para realizar compromissos mútuos e ganhar com eles.

Quando se tratava de caçar um veado, cada qual sabia bem que devia, para tanto, ficar fielmente em seu lugar; mas, se acontecesse de uma lebre passar ao alcance de um deles, não se deve duvidar que ele a perseguisse sem escrúpulo, e que, tendo agarrado sua presa, não se preocupasse com a de seus companheiros (1989, p. 87).

Como convencer as pessoas e coordenar os esforços para a caça ao veado, que pode alimentar maior número, e desincentivar o *free rider*, o oportunista que se aproveita da situação e garante para si a lebre?

Podemos considerar o jogo na Tabela 1, onde os jogadores 1 e 2 devem fazer simultaneamente escolhas independentes sobre cooperar ou desviar. Os valores na Tabela 1 representam utilidades hipotéticas esperadas (*payoffs*), equivalentes a números de dias de suprimento alimentar para cada família.

Em suma, os caçadores têm 2 opções, caçar veado ou caçar lebres. Caçadores de lebres não necessitam de ajuda para caçá-las, mas para caçar uma presa maior, o veado, que tem mais carne e é mais veloz, os caçadores precisam trabalhar em equipe.

**Figura 8 – Jogo da caçada de Rousseau**

	2 cooperação	2 desvio
1 cooperação	5, 5	0, 2
1 desvio	2, 0	1, 1

A cooperação permitiria a ambos caçar o veado e maximizar suas recompensas (*payoffs*), alimentando suas famílias por mais dias. O processo pode ser penoso para um ou outro, ou para ambos, em face dos instrumentos e habilidades de que dispõem. Ao acreditar que o caçador 1 cooperará, o caçador 2 decide investir na cooperação mesmo a um alto custo pessoal (sua família está faminta, ele está endividado etc.).

Diante do custo pessoal que a cooperação implica, o caçador 1 pode decidir se aproveitar da situação e se tornar um *free rider*, ou seja, desviar e tentar garantir a lebre. Nesse caso, o caçador 2 sofre o máximo custo pessoal. Mas se o caçador 2 também optar pelo desvio, ambos maximizam suas recompensas ao optarem pelo desvio ( $1 > 0$ ). Ou seja, a melhor resposta do caçador 2 é ser cooperativo se o caçador 1 o for, mas a melhor resposta de 2 é desviar se 1 desviar. O grau de incerteza em relação ao comportamento do outro pode levar os jogadores a optarem por uma estratégia *payoff-dominante* (5, 5) ou *risco-dominante* (1, 1).

Ambos os caçadores sendo cooperativos é um **equilíbrio de Nash**, gerando uma boa alocação de retorno esperada (5, 5), a um determinado custo pessoal para cada um. Mas ambos os caçadores optando pelo desvio também é um equilíbrio de Nash, produzindo a esperada alocação (1, 1), que é pior para ambos os jogadores. Voltaremos a esse jogo no Capítulo 3.

Na ausência de regras e de um Estado, podemos imaginar um jogo de caçada único em que agentes racionais e egoístas chegam a um estado de competição de todos contra todos, ou seja, aquele que deixa ambos os lados em pior situação do que aquele em que estariam se optassem por cooperar. Para contornar esse dilema, as partes celebram um contrato, que é a solução hobbesiana. A razão básica para se abrir mão de liberdades e constituir o Estado reside na pressuposição de que todos estariam melhor na nova situação. Esta é a grande contribuição de Hobbes: o Estado é instrumento necessário para o manejo pacífico de todas as questões humanas. A liberdade é reconquistada de outra forma: por meio das instituições.

Enquanto todos seguirem as regras do jogo (instituições), todos se beneficiam, e, por decorrência, todos são livres (equilíbrio de Montesquieu). Todos, mesmo destituídos de qualquer compromisso ético com a cooperação, se beneficiam da obediência alheia. Se um *free rider* rompe as regras, deve ser exemplarmente punido pelo Estado, agora detentor do uso legítimo da violência, para que todos percebam que não vale a pena. Mas se isso não ocorre, e muitos começam a quebrar as regras, a liberdade fica ameaçada.

A situação ideal é que a sociedade caminhe para um equilíbrio social em que ninguém consiga tirar vantagem se desviando unilateralmente do contrato social. Isso exige expectativas mútuas de que o contrato será cumprido.

Historicamente, a solução hobbesiana se mostrou acertada. Tudo o mais constante, Steven Pinker (2011) verificou que sociedades organizadas em Estados são cinco vezes menos violentas que sociedades tribais, mesmo computando as guerras.

Portanto, em suma, a Constituição elenca as regras básicas que devem regular o jogo da interação entre indivíduos numa sociedade politicamente organizada. É um contrato social que oferece as regras mínimas para se organizar um grupo de pessoas que interagem entre si repetidamente, como indivíduos ou como organizações, com o fim de que todos tirem mais ganhos desse estado civil – em que as expectativas e os interesses são coordenados de comum acordo para um equilíbrio social que beneficia a todos – do que de um estado natural em que vige a incerteza e a violência. Essa é basicamente a tradição do liberalismo jurídico, de Hobbes a Rawls, e que vê no contrato constitucional a melhor forma de defesa da liberdade.



## 1.6. O governo econômico

Com a revolução industrial e a revolução agrícola, a população, e não mais o território, se tornou o principal problema para os governos. O Estado Moderno demandou o “governo econômico”, a política se transformou em economia política, a relação entre homens foi substituída pela relação do homem com coisas, o que exigiu do Estado fazer contas.

São os homens, mas em suas relações com coisas, que são as riquezas, os recursos, os meios de subsistência, o território em suas fronteiras, com suas qualidades, clima, seca, fertilidade etc.; os homens em suas relações com outras coisas, que são os costumes, os hábitos, as formas de agir ou de pensar etc.; finalmente, os homens em suas relações com outras coisas ainda, que podem ser os acidentes ou as desgraças como a fome, a epidemia, a morte etc. (Foucault, 2006, p. 282).

O século XVII exigiu o desenvolvimento de uma nova técnica de governo. Se na época de Maquiavel a soberania era o principal problema político (manter e proteger o território), a partir do século XVII o objeto do governo passa a ser a população. Maquiavel, em *O Príncipe*, sugere um receituário de técnicas de governo, em que separa a política da moral, para que o governante maximize seu objetivo de acumular poder e conservar o domínio sobre um território. O território poderia ser fértil ou estéril, a população densa ou escassa, seus habitantes ricos ou pobres, mas esses elementos eram apenas variáveis com relação ao que importava, o território, que era o próprio fundamento do principado ou da soberania.

O que muda o rumo das coisas? A expansão demográfica do século XVII, ligada à abundância monetária (mercantilismo) e ao aumento da produção agrícola. Houve aumento da produção e mecanização (novas culturas, semeadeira mecânica), melhor distribuição alimentar (desenvolvimento dos transportes) e progressos médico-sanitários

(quarentena e recuo da peste, vacinação, obstetrícia). Assim emerge o problema da população. A população tem características próprias: epidemias, mortalidade endêmica, produtividade, riqueza, cuja quantificação passou a ser necessária.

Thomas Malthus foi um economista que se preocupou com o crescimento populacional no século XVIII, em razão do aumento da produção de alimentos, das melhores condições sanitárias e do aperfeiçoamento no combate às doenças, benefícios advindos da revolução industrial e da revolução agrícola, e se perguntou se tal crescimento era sustentável no longo prazo diante da escassez dos alimentos.

Nasce assim um saber novo a partir do século XVIII: a estatística (literalmente “ciência do Estado”), ou seja, o conhecimento do Estado em suas diversas dimensões (população, renda, alimentos, preços, doenças, analfabetismo etc.).

A teoria do contrato social vem no século XVII para se tornar a matriz teórica sobre a qual se buscará formular os princípios gerais de uma técnica de governo, uma nova reflexão sobre as relações entre o governante e seus súditos, o que significava o desenho de um novo direito público.

Assim Foucault (2006) propõe o conceito de *governamentalidade*: o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer uma forma de poder que tem por alvo a população e por forma principal de saber a economia política.

A economia política emancipou o indivíduo em relação ao curso geral comum da moralidade, acompanhada da noção de que a ação econômica é, por si mesma, orientada para o bem, e que possui um caráter moral que lhe é especial, e em virtude desse caráter especial lhe é permitido

escapar da forma geral de julgamento moral. A dimensão econômica, portanto, teria um caráter normativo próprio. Nessa tradição, a atividade econômica é a única atividade do homem que requer apenas o egoísmo: perseguindo somente seus interesses particulares, os homens agem sem pretenderem o bem comum, e assim entra em operação a “mão invisível”. Com essa doutrina da *harmonia natural dos interesses*, a moralidade é suplantada. Vícios privados levam a benefícios públicos, conforme ensinou Mandeville em sua *Fábula das Abelhas*, escrito em 1714. Essa ideia é atacada pela teoria dos jogos (Capítulo 3).

John Stuart Mill dá o acabamento final a esse *homo economicus* moderno. No século XIX, Mill critica frontalmente a moralidade kantiana. Kant propôs seu princípio fundamental da moral nestes termos: “Age segundo uma máxima que possa ter valor como lei geral” (1993, p. 40). Trata-se de um critério auto-referenciado, sem compromisso com uma finalidade. Mill escreve que esse princípio precisa de uma complementação: “devemos orientar nossa conduta por uma regra que todos os seres racionais possam adotar *com benefício para seus interesses coletivos*” (2000, p. 259). Essa é precisamente a **dimensão ética** da moralidade (Habermas, 1989), e é a única que interessa a este livro. O dever ser que busca realizar um fim dado (norte ético).

Para Mill (2000), um sacrifício pessoal que não aumenta nem tende a aumentar no longo prazo a soma total de felicidade do grupo social é um desperdício. Esse é o critério do utilitarismo, que hoje compõe, ao lado do positivismo, o que chamamos de teoria liberal do direito (Dworkin, 2002). Mill considerava que o direito deveria estar a serviço do bem-estar geral. O sacrifício pessoal não tem nenhum valor em si se não aumentar a soma total de bem-estar. Para ele, a justiça baseada na soma das utilidades era a parte mais importante e sagrada de toda a moralidade.

Por trás de tudo isso está o imperativo de o homem se autopreservar, de continuar no tempo, de progredir, o que remete a Espinosa. Esse é o núcleo da *liberdade*, que se torna *direito*.

A razão instrumental exige maximização dos interesses do grupo social. É do que trataremos no Capítulo 2.

## Capítulo 2

### Justiça e Maximização

#### 2.1. Maximização

Ao dizer que o melhor governo é aquele no qual cada um encontra a melhor maneira de viver feliz, Aristóteles antecipa uma das características marcantes do homem econômico (*homo economicus*) da Era Moderna: aquele que busca maximizar seus fins diante de constrangimentos externos. O Estado deve redistribuir riqueza, e assim fazer justiça, para compensar os constrangimentos danosos ao grupo social.

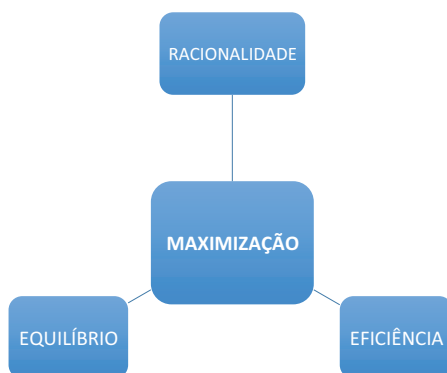
Aristóteles relacionava a busca da felicidade com a virtude ética. As virtudes éticas são as que se desenvolvem na prática e se encaminham para a consecução de um fim, e servem para a realização da ordem da vida do Estado.

Em Locke e em Mill, a busca pela felicidade ganha uma perspectiva individual, o homem como maximizador do que lhe é útil na vida independentemente de considerações éticas. O homem liberal não é naturalmente sociável (ao contrário do homem aristotélico, que encontra sua razão de ser no Estado), mas é capaz de aprender, é dotado de livre vontade e é racional, age com base em interesses próprios, quer maximizar utilidade e faz cálculos de custo e benefício para controlar a natureza e organizar a sociedade. Esse indivíduo ganhou na literatura política o nome de *homo economicus* (Capítulo 1).

A economia relaciona a postura de maximização, implícita na ideia de vida ativa em Aristóteles, e corrente na filosofia moderna, a três

aspectos: a *racionalidade*, a tendência ao *equilíbrio* e a *eficiência* (Cooter e Ulen, 2012).

**Figura 9 – Maximização**



As pessoas buscam maximizar suas próprias utilidades – ou seja, felicidade, satisfação, bem-estar –, e fazem escolhas consistentes baseadas nos recursos limitados de que dispõem em face de alternativas conflitantes. É notório que há uma restrição orçamentária para o Estado, assim como para as pessoas em geral. Em decorrência, por conta dessa escassez, a todo momento escolhas precisam ser feitas. Assim, os agentes devem ponderar custos e benefícios de cada alternativa e adotar a que traz maior utilidade (seja isso um bem material ou imaterial, como poder, altruísmo, prazer etc.).

Pressupor que as pessoas se comportam para maximizar funciona porque as pessoas são racionais, e racionalidade exige maximização (Cooter e Ulen, 2012). **Utilidade** descreve a forma como um indivíduo racional escolhe entre uma variedade de fins. Um agente racional pode ranquear alternativas disponíveis (dizer o que mais prefere e o que menos prefere) considerando o quão elas podem lhe dar o que quer. Um

consumidor escolhe entre alternativas de cestas de bens que deseja, pois seu orçamento o limita a ter tudo o que quer. O consumidor racional vai escolher a cesta que mais lhe satisfaz na medida em que seu orçamento permite.

### **Racionalidade → Maximização**

Cada um tem sua **função de utilidade**, ou seja, ordena preferências de acordo com seus interesses, independentemente de seu valor monetário. Um atleta após o treino pode preferir um energético ( $x_1$ ) a um suco ( $x_2$ ) e um suco ( $x_2$ ) a água ( $x_3$ ). Assim, suas preferências são:  $x_1 P x_2 P x_3$  (onde P significa “preferido a”); ou  $u(x_1) > u(x_2) > u(x_3)$ . Sua função de utilidade é dada se rankearmos as preferências de 1 a 3, com 3 indicando a mais preferida alternativa e 1 a menos preferida:  $3 = u(x_1)$ ,  $2 = u(x_2)$ ,  $1 = u(x_3)$ .

Em outras palavras, funções de utilidade ranqueiam estados do mundo de acordo com a satisfação das preferências das pessoas. Se reduzimos o preço do energético, aumentamos a função de utilidade do atleta, ou, o que significa dizer o mesmo, subimos o atleta para uma curva de indiferença mais alta (os gráficos do Capítulo 4 deixarão esse raciocínio mais claro). Não podemos dizer quão melhor ele estará com essa queda do preço, mas podemos dizer que estará melhor.

Os economistas usam funções de utilidade para explicar o comportamento humano, particularmente em estados diferentes, ou onde há uma probabilidade de que algum estado ocorra. Alguém pode querer ir a um restaurante para se sentar e beber um vinho tinto, mas a utilidade que ele vai extrair da experiência depende do estado do tempo: se ele precisará sair na chuva ou no sol, se estará quente ou frio no local etc. Um cálculo de utilidade pode depender não apenas de se algum estado ocorre, mas da

probabilidade esperada de ocorrência desses estados. A utilidade que um bebedor de vinho extrai sofre mudanças quando considera que pode chover (independentemente de se vai chover realmente ou não).

Se pensarmos em preferências sociais, podemos perguntar se o Estado tem uma função de utilidade. Será que tem? Deveria ter. O que queremos enquanto grupo politicamente organizado? Está lá no art. 3º de nossa Constituição. São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social; e
- IV - promover o bem de todos sem discriminação.

Queremos muitas coisas. Qual é a ordem de preferência? Não há uma *a priori*. Vai depender de cada estado (caso concreto)? Aqui as coisas se complicam para o direito.

A democracia é um método que busca satisfazer preferências individuais por meio da ação coletiva. Por meio do voto o cidadão informa aos agentes públicos suas preferências, escolhendo determinados programas de governo, o que ajuda a produzir eficiência na oferta de bens públicos.

### **2.1.1. Utilidade**

Quando falamos de probabilidade esperada de ocorrência de algo, falamos de utilidade esperada, que é a forma como a teoria da escolha racional lida com a tomada de decisão sob incerteza. Os tomadores de decisão fazem escolhas entre cursos de ação incertos, de modo a maximizar



sua utilidade esperada. Um valor esperado é a soma das probabilidades de cada possível resultado pelo valor de cada um desses resultados. Isso envolve estimar as probabilidades dos vários resultados possíveis de um curso de ação (vai chover ou não), o que pode envolver outras pessoas (a minha decisão muitas vezes dependerá do que eu acho que será a decisão racional de outrem). É uma ideia importante para teoria dos jogos, que usaremos mais adiante.

No jogo da vida, geralmente selecionamos a estratégia de ação comparando o resultado esperado de cada estratégia possível no pior cenário possível. A estratégia adotada pode ser **maximin** (maximizar o mínimo do ganho esperado) ou **minimax** (minimizar o máximo da perda esperada), a depender de se as consequências das decisões são descritas em termos de ganhos ou perdas.

O Estado Moderno pode ser visto como fruto de um jogo. Numa situação de incerteza (estado de natureza), as pessoas fizeram um cálculo de utilidade esperada, adotando uma estratégia minimax – ou seja, de minimizar a perda máxima (a perda da própria vida!) – e chegaram a uma decisão em que todos ganhariam, formando assim o governo civil. Foi assim que os modernos começaram a refletir sobre o direito. Numa versão mais contemporânea do contrato social, John Rawls (2002) opta por um critério maximin (Capítulo 4, item 4.4).

Antes de decidir pelo governo civil, as pessoas estimaram as probabilidades ( $p$ ) de vários resultados de um curso de ação, como ganho e perda (perder seus bens, perder sua vida, sofrer lesão física, subtrair bens de outrem, se vingar de outrem etc.), multiplicando cada probabilidade pela utilidade (ou desutilidade) do resultado ( $U(R)$ ), e somando todas as possibilidades (onde a soma dos  $p$  é 1):

$$E(U) = p_1U(R_1) + p_2U(R_2) + \dots + p_nU(R_n)$$

Para administrar uma população, os agentes públicos podem usar essa mesma equação de utilidade esperada, medindo as probabilidades e utilidades de cada ocorrência possível e decidindo pelo curso de ação que traz maior ganho ou menor perda para o todo, em harmonia com objetivos previamente eleitos.

Em casos difíceis, os agentes públicos podem e devem se fazer perguntas como: tudo o mais constante, ao dar o ganho mínimo a A, sujeito B ao risco de perda máxima? A resposta pode colocar em xeque a legitimidade do Estado para B, o que lhe retira a razão de ser do Estado de Direito. É um limite prudencial com que podem operar os agentes públicos, para preservar legitimidade. Perguntas derivadas seriam: ao dar ganho a A, até que ponto admito a perda de B? Até que ponto posso deixar A livre para agir e adquirir parcelas do mundo?

A liberdade de A para adquirir parcela desproporcional do mundo (utilidade esperada) em um momento vai se chocar com a liberdade de B (desutilidade esperada a partir desse ponto), cabendo ao Estado reduzir a extensão dessa liberdade para A acessar uma parcela *proporcional* do mundo (que era precisamente o ponto de Aristóteles). Não podem existir direitos absolutos, pois o grupo perde.

O jogo de Rousseau, que abordamos no Capítulo 1 (item 1.5), nos ensina que as pessoas decidem na margem. As pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trouxer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la, como a caça ao veado, que demanda paciência, cooperação e técnica, mas é recompensada com mais dias de alimento. É o que chamamos de **análise marginal**. É outro aspecto

da racionalidade. É racional continuar desenvolvendo uma atividade enquanto se ganha com isso.

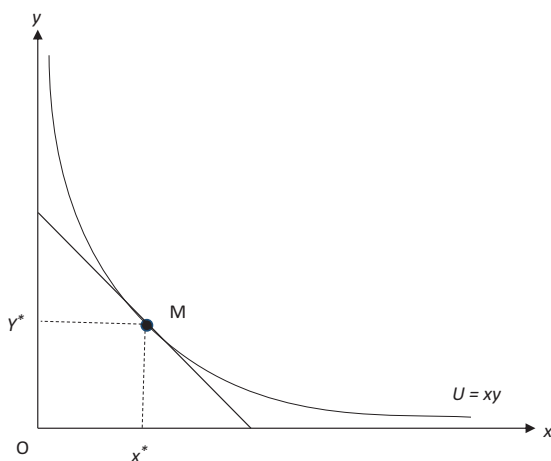
Mas se a pessoa perceber que o saldo (benefícios menos custos) favorece a caça à lebre, ela será igualmente racional ao mudar a estratégia.

### **Racionalidade → análise marginal de ganhos e perdas**

A busca pela *otimização* diante de restrições se torna uma abordagem importante. Um máximo possível (constrangido pela escassez), ou o **ponto ótimo**, pode ser descrito como o ponto em que o custo marginal se iguala ao benefício marginal. É o ponto de maximização. O operador do direito precisa se perguntar: como podemos alcançar um objetivo específico ao menor custo possível? Como podemos maximizar utilidade, dado um orçamento fixo?

Na Figura 10, o ponto M é a cesta ótima para o consumidor (com os bens  $x^*$  e  $y^*$ ). De todas as combinações factíveis de  $x^*$  e  $y^*$ , essa combinação lhe proporciona a maior utilidade (Cooter e Ulen, 2012, p. 22).

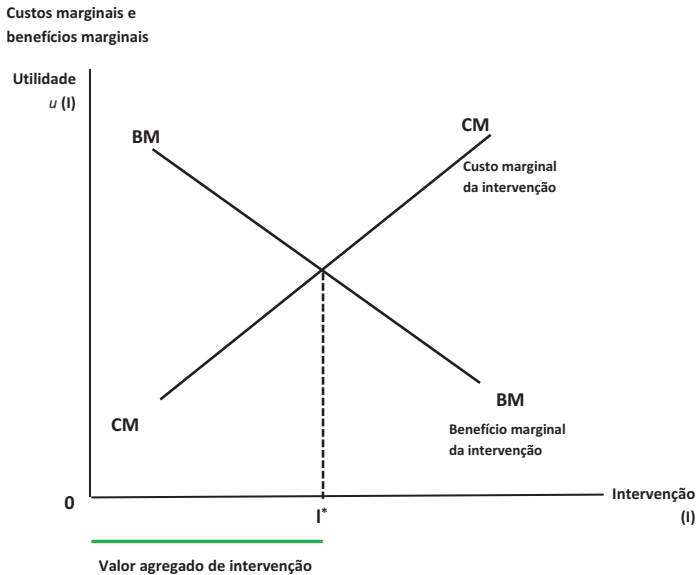
Figura 10 – Cesta ótima



O ponto ótimo também pode ser de uma função de minimização. Se pensarmos a caça à lebre como um desvio de comportamento inaceitável para um grupo social, e considerando que um dos objetivos básicos de qualquer sociedade é minimizar os danos causados pelos desvios, o Estado deve dissuadir os indivíduos a cometerem crimes a um nível ótimo, o que dependerá da forma como os agentes políticos alocarem e distribuírem os recursos públicos (Becker, 1968). É apenas uma diferença de perspectiva (ganho ou perda).

O Estado precisa encontrar o ponto ótimo para manter a violência sob controle na sociedade, conforme retratado na Figura 11 (Meneguín e Bugarin, 2014, p. 9). Uma pergunta importante para o gestor público é: até que ponto o custo de cada real a mais investido na segurança pública (custo marginal – CM) é compensado com o benefício marginal BM obtido (redução da perda social com a violência), o que permite avaliar a utilidade que a sociedade retira da intervenção do Estado ( $u(I)$ ). O ponto ótimo (equilíbrio) é quando esses valores se igualam.

Figura 11 – Ponto ótimo da intervenção estatal



Maximizar exige escolhas (*trade-offs*). É inviável para uma sociedade lograr um estágio de completa proteção de direitos, em razão dos custos. A proteção sempre será até um determinado nível. *Trade-offs* na proteção de direitos são necessários e sempre precisarão ser feitos: contratar mais policiais (segurança) ou aumentar o valor da bolsa-família (assistência social)? Construir mais presídios (segurança) ou mais creches (educação)? Comprar submarinos (defesa nacional) ou contratar mais médicos (saúde)?

As seguintes perguntas se tornam fundamentais para qualquer nação: 1) quanto queremos gastar em cada direito? (2) qual é o pacote ótimo de direitos (dado que os recursos canalizados para a proteção de um direito serão retirados de outro direito)? (3) qual é a melhor forma de oferecer a máxima proteção de direitos ao menor custo? (4) os direitos,

como atualmente protegidos, redistribuem bem-estar de forma socialmente justificável? (Homes e Sunstein, 1999).

Direitos são bens públicos que têm a capacidade de proporcionar ganhos de bem-estar e melhora nos níveis de satisfação individual e coletiva. O grau de sacrifício que o indivíduo estaria disposto a fazer para obtê-lo, da perspectiva contratualista, depende de dois fatores: a probabilidade de que esses direitos venham a ser realizados, o que afeta o nível de expectativa e confiança das partes envolvidas (o que diz respeito à legitimidade do sistema político construído), e do custo marginal para manter ou melhorar a sua posição.

Tal como ocorre numa equação microeconômica, a receita marginal (ou seja, o retorno esperado das ações políticas) deve ser equivalente àquilo que o indivíduo estaria perdendo ou abrindo mão para ter. O real custo de qualquer coisa é o que o indivíduo precisa abrir mão para ter. É o que os economistas chamam de **custo de oportunidade**. Ou seja, se o custo de oportunidade para ir atrás da lebre é baixo em relação a continuar na caça ao veado, é pelo que o indivíduo tenderá a optar. Cabe ao Estado, sensível às dinâmicas sociais, agir para aumentar o custo de oportunidade para o crime.

Se o nível de confiança decorrente da realização do direito aumenta, caem os custos para a opção pela ação danosa, o que aumenta o benefício geral. Essa melhora coletiva é importante para a estabilidade do sistema político-jurídico. Essa equação pode ser expressa da seguinte forma: a utilidade total obtida pela sociedade (UT) é igual à utilidade esperada por cada um dos indivíduos (UE), multiplicada pelo nível de confiança ( $c$ ), menos o custo ou sacrifício ( $C$ ), multiplicado pelo nível de

desconfiança de que as ações políticas sejam capazes de solucionar problemas sociais ( $d$ ). Considere-se  $c + d = 1$  (Jardim e Fritz, 2017).

Numa linguagem econômica:

$$UT = cUE - dC.$$

A questão para a autoridade pública é maximizar a utilidade dos cidadãos escolhendo a melhor forma de usar o orçamento para desenhar boas políticas públicas e aplicar bem a lei.

Isso não é, em essência, diferente das preocupações de Aristóteles.

Contudo, às vezes os cidadãos usam a política para obter vantagens para si em detrimento de outros. O que querem, na verdade, é redistribuição, e não eficiência. Taxistas querem proteção contra a competição do uber, empresários querem subsídios, estudantes querem pagar meia entrada no cinema, servidores públicos querem aposentadoria integral etc. Quando não há equilíbrio, o jogo produz desperdício de recursos (ineficiência) e prejudica os grupos menos organizados. O Estado precisa buscar o equilíbrio.

### **2.1.2. Equilíbrio e eficiência**

A interação de agentes maximizadores tende a um equilíbrio. Oportuno pensar num casamento. Um equilíbrio, como visto, é um padrão de interação que persiste no tempo e só muda se houver a interferência de uma força externa. Assim, comportamentos maximizadores tendem a empurrar os indivíduos e grupos, ainda que involuntariamente, ainda que atuando egoisticamente, a um ponto de repouso, a um equilíbrio. Um equilíbrio perdura, assim como um casamento, na medida em que as partes

extraem o melhor que podem da relação, até que alguma força externa abale as coisas.

### **Maximização → Equilíbrio**

Justiça é equilíbrio. Mas qual equilíbrio? Podemos ter mais de um. O terceiro aspecto importante em relação à maximização é a eficiência. É um critério normativo que qualifica o equilíbrio desejado. Quando algo é considerado “eficiente”, os economistas geralmente querem dizer “maximização da riqueza total”. Uma lei é eficiente se ela maximiza a riqueza total na sociedade, mesmo que algumas pessoas fiquem em pior situação. É o que chamamos de eficiência Kaldor-Hicks.

Esse critério admite mudanças em que há ganhadores e perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem, para que seja possível, em tese, que os perdedores sejam compensados (e os ganhadores ainda preservem um excedente). A compensação não precisa acontecer de fato, mas precisa ser possível em princípio.

É um critério que qualifica a análise de custo-benefício padrão, ao exigir uma compensação. Ou seja, a análise de custo-benefício é uma condição necessária mas não suficiente para o critério Kaldor-Hicks. Chamaremos esse critério de maximização da riqueza total.

Outro critério normativo usado é o de Pareto, que adota uma perspectiva de não-desperdício. Uma lei é eficiente se ninguém pode melhorar de situação sem que alguém piore. Pareto é uma fronteira bastante útil para a ideia de justiça. É um critério que tem forte apelo moral.

Por exemplo, uma política pública de vacinação pode causar problemas de saúde para poucas pessoas enquanto beneficia um amplo



número delas ao prevenir doenças sérias. O programa é Pareto-eficiente se as pessoas prejudicadas podem ser identificadas e compensadas com tratamentos custeados com a redução de gastos que a demanda menor pelos serviços de saúde possibilita. O programa é Kaldor-Hicks-eficiente, ainda que a compensação não aconteça, se o montante economizado é superior ao montante desembolsado pelas pessoas prejudicadas para cuidarem de sua saúde.

A partir desse exemplo é possível perceber que o critério Kaldor-Hicks também pode ser chamado de “Pareto potencial”. Ele é mais prático e menos rigoroso que o critério de Pareto.

Podemos pensar num jogo com a tabela de *payoffs* hipotéticos da Figura 12. Por exemplo, os jogadores 1 e 2 podem ser patrões e empregados, respectivamente, que negociam os termos de uma reforma na legislação trabalhista (sendo A uma proposta com poucas mudanças e B uma proposta mais ampla). Nesse jogo, há dois equilíbrios de Nash (3, 4) e (5, 3), que são Pareto-eficientes. Mas apenas (5, 3) é Kaldor-Hicks-eficiente (produz saldo para compensação).

**Figura 12 – Dois equilíbrios Pareto-eficientes e um Kaldor-Hicks-eficiente**

	2 reforma A	2 reforma B
1 reforma A	3, 4	2, 3
1 reforma B	1, 2	5, 3

Outro critério normativo é o da “maximização do bem-estar total”. Nesse caso, o Estado, preocupado com a justiça distributiva, dá um valor social a certos bens considerados meritórios (educação, cultura etc.). Por decorrência lógica, o Estado se preocupa com a utilidade marginal de cada real do orçamento para diferentes grupos sociais (a depender das

oportunidades de gozo do bem), o que afeta a soma total de utilidade. Essa ideia é encontrada no utilitarismo de Mill, para quem a utilidade derivada de faculdades superiores (intelectuais) é preferível em espécie a utilidade de faculdades inferiores.

O valor de tais bens qualificados como superiores pelo Estado excede as preferências reais de algumas pessoas por eles. Ou seja, o Estado diz que o seu valor para sociedade é maior do que o seu valor para o indivíduo, e assim calcula a soma das utilidades individuais adicionando valor, apontando assim outro ponto de equilíbrio como o desejado. O objetivo é “a maior soma de felicidade conjunta” (Mill, 2000, p. 194). Esse critério será mais explorado no Capítulo 4 (item 4.5).

Ao lado do positivismo jurídico, Dworkin (2002) considera o utilitarismo peça importante para a teoria liberal do direito, pois sustenta que o direito deveria estar a serviço do bem-estar geral e tão-somente isso.

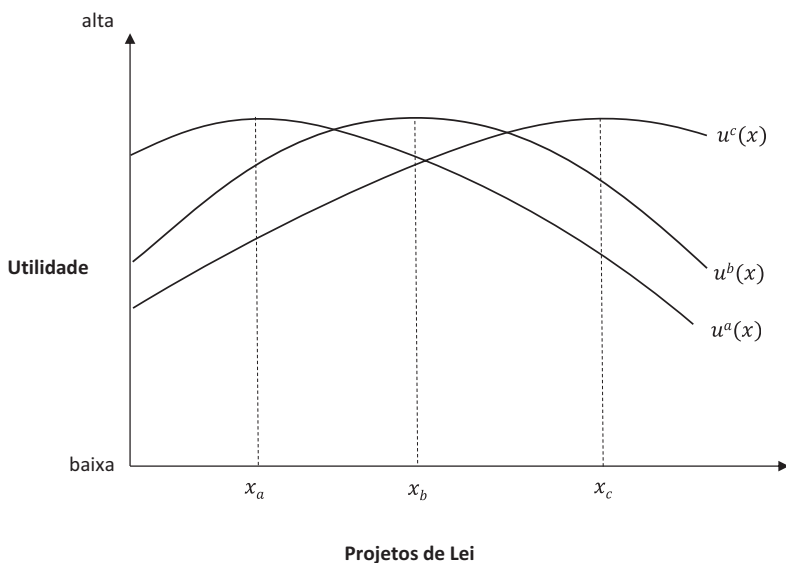
Se uma lei cria incentivos para que uma grande fábrica se mude de uma localidade A para uma localidade B, em que reduzirá seus custos de operação, gerar-se-ia desemprego em A e emprego em B. Se aplicarmos Pareto, os ganhadores teriam que pagar aos perdedores um determinado valor que os deixariam indiferentes à mudança. Se aplicarmos Kaldor-Hicks, os ganhadores teriam que ganhar mais do que os perdedores perdem sem qualquer necessidade de compensação efetiva. Se aplicarmos o critério de bem-estar, o valor a ser indenizado não refletiria apenas as preferências dos envolvidos, mas também precisaria computar acréscimos sociais ao preço, para atender a metas políticas sociais, ainda que a longo prazo. Se a fábrica é importante para a localidade A, o governo talvez tenha que usar orçamento público para oferecer subsídio e evitar queda importante na qualidade de vida local.

### Maximização → Eficiência

A maioria das leis deixa algumas pessoas em melhor situação e outras em pior situação. A eficiência de Pareto não é um critério útil para escolher entre tais leis. O critério de Kaldor-Hicks é mais útil nesse sentido. O critério de bem-estar, por sua vez, pode gerar controvérsias em relação aos pesos sociais a serem atribuídos aos bens.

Na Figura 13 temos 3 grupos de eleitores, A, B e C, que tiram utilidade das alternativas legislativas  $x_a$ ,  $x_b$  e  $x_c$ . Movendo de  $x_a$  para  $x_b$  prejudica A e beneficia B e C, o que significa que a mudança não é Pareto-eficiente. Contudo, se a perda de A é menor do que a soma dos ganhos para B e C, então a mudança é Kaldor-Hicks-eficiente (Cooter, 2000, p. 26).

Figura 13 – Projetos de lei



Falamos da escolha entre propostas de leis a serem adotadas. Mas o critério de Pareto passa a ser útil ao olharmos para a aplicação

prática de uma dada lei. Uma vez posto o conflito concreto, o critério pode servir como referência para um juiz ou um agente público que precise aplicar a lei no movimento da vida.

Num conflito judicial entre duas partes, em que uma é processada por ter causado danos à outra em razão de uma ação negligente, o ponto C na Figura 14 é o máximo que o réu pode pagar. Além desse ponto qualquer desembolso prejudicaria o atendimento a suas condições básicas de vida. D é quanto o autor demanda. B é o mínimo que o autor aceitaria. B-C é, assim, o espaço Pareto-eficiente.

**Figura 14 – Eficiência de Pareto em conflito judicial**



Uma indenização é devida, e o réu precisa pagar pelos danos causados por sua ação negligente. É do interesse social que isso aconteça. O não-pagamento se traduz em desperdício de recursos sociais. Mas o interesse social vai até uma fronteira em que ir além subtrairia recursos sociais (colocando o réu abaixo da linha da vida digna), o que também se traduziria em desperdício. Quando falamos de recursos sociais, nos referimos a tudo o que gera produto para a sociedade (orçamento público, bens, habilidades e talentos individuais, investimento, poupança, trabalho, expectativas e confiança).

Nessa perspectiva, qualquer ponto no espaço B-C é um equilíbrio de Pareto. Dentro desse espaço o juiz pode usar seu poder discricionário e buscar o ponto que maximiza riqueza total ou o ponto que maximiza bem-estar total (neste caso, avaliando a utilidade marginal de cada real a menos/a mais para um e para outro em face de suas

necessidades e realidades de vida). Ou pode buscar outros pontos, com base em outros critérios normativos (Rawls, Nozick, entre outros, como veremos no Capítulo 4).

Eficiência não necessariamente significa que o resultado é “bom”. Maximização de riqueza pode levar a aumento de desigualdade, o que pode ser considerado um resultado nada “bom” ou “injusto”. Perguntar sobre o que é bom é adentrar a dimensão ética, que pergunta pela ideia de bem, que é o fim do Estado.

Aristóteles, ao eleger um valor (felicidade) e exigir coerência da ação pública em relação a ele, condicionando a essa relação a qualificação de um governo como “justo”, forneceu um sentido para a ação pública, o que significa, em outras palavras, um sentido político para o Estado. O que Aristóteles fez foi submeter os governos a uma crítica filosófica.

O que é bom não pode ser inventado ou criado a partir do momento em que o problema surge. É um dado que precisa ser conhecido antes. As sociedades decidem sobre seus critérios éticos e eles precisam estar claros na Constituição.

### **Bem → critério ético eleito → solução do problema**

Eficiência é um conceito importante e útil. Se preocupações distributivas são secundárias, a maximização da riqueza é um objetivo fundamental para qualquer sociedade, se o conceito de “riqueza” incluir todas as fontes de bem-estar, e não apenas dinheiro. Mesmo que a distribuição seja a principal preocupação, uma “torta maior” significa mais riqueza para distribuir. O critério de maximização da riqueza é mais usado por ser mais prático. O critério de Pareto é incontroverso: ninguém é a

favor do desperdício de recursos, o que o torna muito útil como um limite normativo para o primeiro. O critério de bem-estar tem preocupações distributivas, e é útil para a busca de fins estratégicos definidos (como redução da pobreza).

Mas esses critérios só funcionam se o operador (agente público) usar a ciência. Valorações arbitrárias e subjetivismos arruinam qualquer função de bem-estar social. Por exemplo, decisões judiciais sobre indenização civil por homicídio e lesão corporal precisam fazer projeções para o futuro. Decisões judiciais que impõem pensões alimentícias a serem pagas em razão de homicídio e que projetam um “curso normal das coisas” para o futuro – a vítima que teria um emprego e ajudaria a família, a vítima que casaria, a vítima que viveria até a expectativa de vida média do brasileiro etc. –, precisam calcular com base em probabilidades objetivas, e não com base em meras expectativas de fato.

Alguns cálculos são necessários em ações judiciais desse tipo: expectativa provável de vida do morto ou lesionado, limite de idade do filho incapaz para o recebimento da pensão, montante da pensão, que precisa ser equivalente à quantia que a vítima provavelmente retiraria do seu salário para a família etc. Para tanto, o juiz não pode usar médias nacionais se julga pessoas de um segmento social não representativo ou de uma determinada região do país, com características demográficas distintas. Também não pode usar um parâmetro de valor invariável entre pessoas de níveis de renda distintos ou usar modelos abstratos estabelecidos por tribunais superiores, independentemente do local onde vivia a vítima e a família, do sexo do morto, da realidade do mercado de trabalho local etc.

O tribunal tem condições de corrigir, na ponta, diante do caso concreto, ineficiências produzidas por leis ou políticas públicas mal desenhadas ou mal executadas. O tribunal é o “poder executivo” do liberalismo jurídico.

O texto constitucional obriga o operador do direito (o juiz, o promotor, o parlamentar que redige as leis, o servidor público que as aplica) a se preocupar com a eficiência (*caput* do art. 37). O importante não é saber se a eficiência pode ser igualada ou substituir a justiça. A justiça deve ser operada com eficiência; a primeira é objetivo da República (art. 3º, I da Constituição) e a segunda é método (art. 37, *caput*). Toda definição de justiça deve ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (critério de Pareto). Podemos não saber o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta (GICO Jr., 2010).

## **2.2. Caixa de Edgeworth**

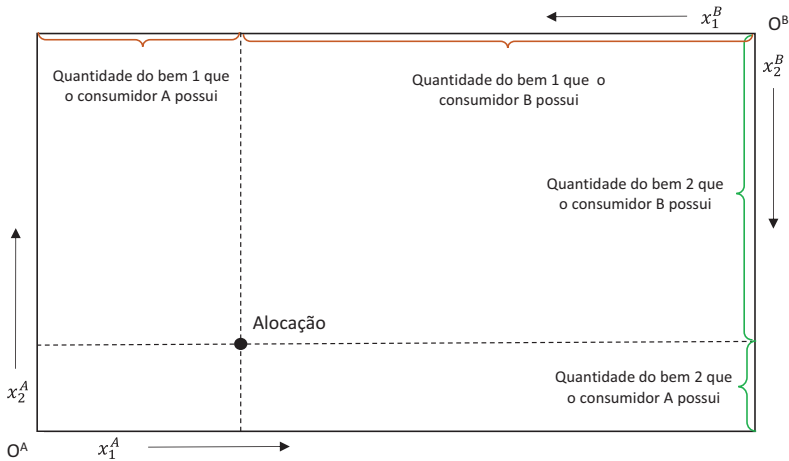
Vimos que a ideia de justiça em Platão tem afinidade com a ideia de alocação, enquanto que a de Aristóteles tem afinidade com a de distribuição (Capítulo 1). Perguntas-chaves se tornam então: Como alocar? Como distribuir?

A Caixa de Edgeworth fornece um recurso gráfico simples e objetivo que permite refletir sobre alocação e distribuição e pontos eficientes como soluções de problemas. É um instrumento da microeconomia que aqui se transforma num instrumento filosófico.

Podemos pensar numa cidade simples, em que existem apenas dois bens e duas pessoas. Na Figura 15, temos as pessoas A e B em cada lado. Da perspectiva do A, olhamos a caixa de baixo pra cima; da perspectiva de B, de cima pra baixo.

A Figura 15 apresenta a quantidade de bens que pertence a A e a B, ou seja, as cestas de consumo de ambos, e um ponto de alocação, um ponto de alocação factível, aquele em que a dotação inicial agregada encontra o seu consumo agregado. Ou seja, o ponto em que a oferta encontra a sua demanda. Há bens que A e B estão dispostos a transacionar. A tem bens que interessam a B e B tem bens que interessam a A. O ponto de alocação destacado coloca ambos em melhor situação. Esse ponto satisfaz a ideia de justiça de Platão, pois o Estado permite que ambos exerçam seus talentos e sejam competitivos e produtivos em suas respectivas tarefas e transacionem um com o outro o que lhes falta e o que o outro faz melhor.

**Figura 15 – Caixa de Edgeworth**



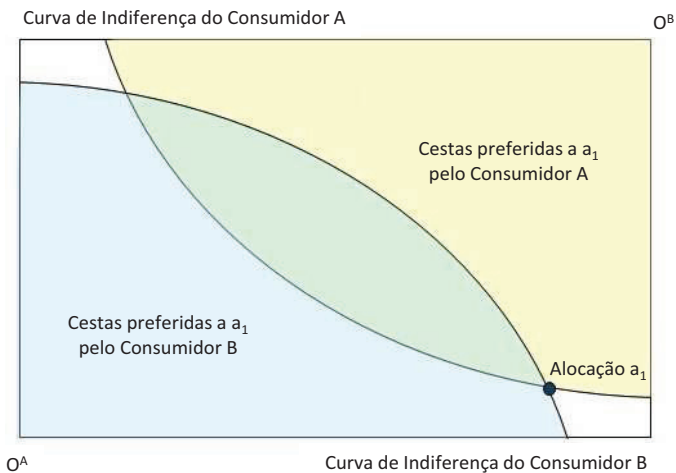
Na Figura 16, o ponto inicial de alocação, referido na Figura 15, é  $a_1$ . Sobre esse ponto são traçadas curvas de indiferença, convexas respectivamente às origens de A e B. A convexidade da curva reflete a maior disposição do consumidor para abrir mão do bem que ele já tem em grande quantidade. Curvas de indiferença são curvas de utilidade, e



informam que cada ponto sobre suas linhas representa uma situação indiferente de satisfação para cada um desses consumidores. São pontos em que os consumidores retiram da respectiva combinação de bens o mesmo nível de utilidade (seja lá que utilidade cada um retira do bem).

Na Figura, todo o espaço acima da curva de indiferença de A, em amarelo, oferece possibilidades de pontos de alocação que deixariam A em melhor situação, ou seja, lhe trariam mais utilidade em relação ao ponto  $a_1$ . O mesmo podemos dizer do espaço azul em relação a B.

**Figura 16 – Curvas de indiferença**

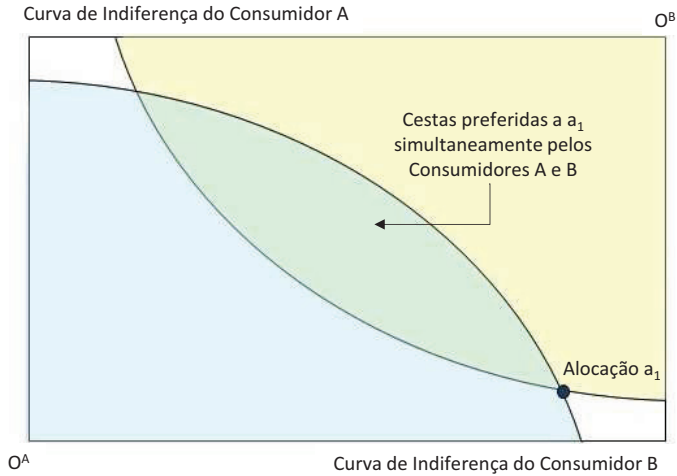


Um pressuposto importante aqui, para determinarmos a preferência de uma pessoa, é que o que interessa é lhe perguntar qual opção é melhor em relação a outra (utilidade segundo uma escala ordinal). Isso significa que não é relevante perguntar “quão melhor” ou “quão bom” (utilidade cardinal), o que seria de difícil verificabilidade.

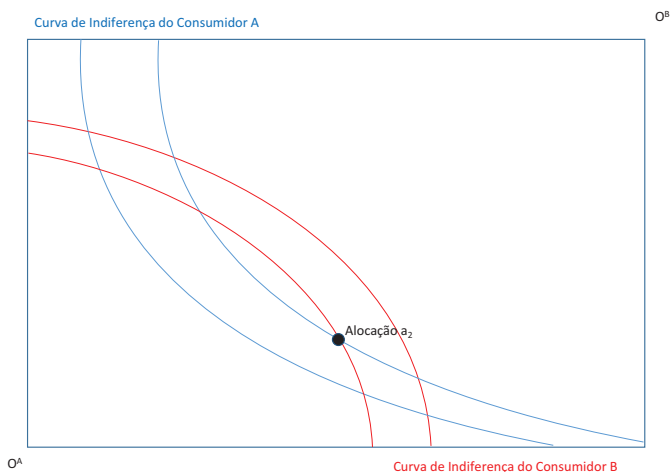
Alguns outros pressupostos metodológicos são importantes: as preferências são **completas** (as pessoas são capazes de dizer com segurança que preferem uma cesta  $x$  de bens em relação a uma cesta  $y$  ou se são indiferentes); as preferências são **reflexivas** (se duas cestas são idênticas, as pessoas serão indiferentes na comparação entre ambas); e as preferências são **transitivas** (se eu prefiro  $x$  a  $y$  e  $y$  a  $z$ , eu necessariamente prefiro  $x$  a  $z$ ). São regras básicas de racionalidade que observamos no dia-a-dia. A ciência precisa operar com pressupostos racionais desse tipo, caso contrário ficará impossibilitada de produzir juízos sobre a realidade, calcular e fazer previsões.

Na Figura 17, há uma intersecção, o espaço que mistura as cores (verde), em que ambos  $A$  e  $B$  ganham. Ou seja, há espaço para melhorar a situação de ambos em relação a  $a_1$ .

**Figura 17 – Cestas preferidas por ambos consumidores**

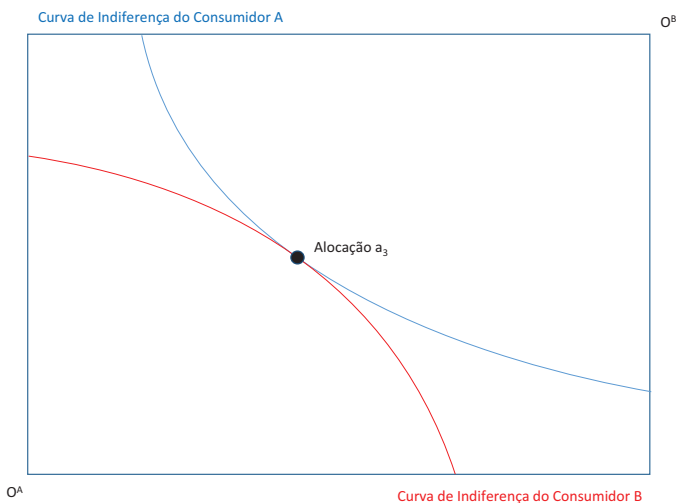


Na Figura 18, esse novo ponto de alocação é  $a_2$ , que deixa A e B em melhor situação. E assim como foi feito com  $a_1$ , traçamos novas curvas de indiferença sobre esse novo ponto. Como se observa, resta um espaço mais estreito em que ainda é possível melhorar a situação de ambos.

**Figura 18 – Novo ponto de alocação ( $a_2$ )**

Até que atingimos o ponto ótimo  $a_3$  na Figura 19. A partir desse ponto não é mais possível melhorar a situação de ambos sem que um deles saia prejudicado. É o que chamamos de ponto ótimo de Pareto ou Pareto-eficiente. Aqui Pareto funciona como uma fronteira. Para seguir adiante, teríamos que defender um ganho de eficiência Kaldor-Hicks, de modo que o montante de ganho do beneficiado seja maior do que montante de perda do prejudicado, e essa decisão vai depender dos critérios éticos eleitos por essa cidade.

**Figura 19 – Novo ponto de alocação - equilíbrio ( $a_3$ )**



Na fronteira de Pareto, o ponto  $a_3$  é um ponto de equilíbrio a partir do qual qualquer nova distribuição piora a situação de alguém, ainda que a outra parte ganhe. Se podemos executar uma mudança numa situação em que uma pessoa melhore e ninguém piore, essa situação é ineficiente. Por quê? Porque poderia ser melhor. A situação eficiente é quando chegamos ao melhor – ou seja, a partir daí não é possível melhorá-la sem custos adicionais.

O critério de Pareto pode ser usado para uma função de bem-estar social (função de utilidade social). Trata-se de uma função que ranqueia diferentes estados sociais – um que é mais desejado, outro menos desejado, a depender das preferências individuais em dada sociedade –, e um ganho de bem-estar pode ser medido a partir da melhora de posição de alguns indivíduos em relação a outros, característica que lhe dá uma dimensão equitativa (mudanças pessoa a pessoa).

Isso já informa, contudo, que equidade não significa igualdade, e que eficiência de Pareto não garante igualdade. A teoria de justiça de Rawls (2002), que se preocupa com a equidade, defende a compensação dos mais prejudicados, ainda que em situações Pareto-eficientes (Capítulo 4).

Esse ponto ótimo ajuda a refletir sobre o justo de Aristóteles. O movimento  $a_1 \rightarrow a_2 \rightarrow a_3$  reflete possibilidades de distribuição (em caso de intervenção do Estado), de buscas pelo “meio termo”, pontos que permitem que ambas as partes, com vidas e interesses distintos, maximizem sua felicidade. Esse movimento que busca maximização não aparece como uma preocupação na sociedade estática de Platão (Capítulo 1).

Podemos pensar em A e B como atores sociais variados, não apenas atores privados com bens a transacionar. Por exemplo, A pode ser uma pessoa comum e B o Estado, em que teríamos, de um lado, uma pessoa que demanda por um leito numa UTI de um hospital público lotado ou uma vaga numa escola pública para o seu filho, e B, o Estado com o seu orçamento. Se a demanda chega ao Judiciário, o juiz poderá buscar pelo ponto ótimo em que um leito a mais ou uma carteira a mais numa sala de aula beneficia o demandante sem prejudicar as pessoas que já estão lá (número de médicos, quantidade de remédios, número de alunos etc.) e sem impor ao Estado um custo adicional.

E se há uma segunda demanda semelhante no Judiciário? Quantos leitos e quantas carteiras podemos adicionar ( $a_1, a_2, a_3 \dots$ )? E o mais importante: como justificar a decisão final? E se o juiz decide por um ponto  $a_4$  que deixa alguém em pior situação? Qual a justificativa? A resposta correta depende do critério ético adotado e da aplicação de uma **teoria política de justiça** que una o critério à decisão tomada, dando-lhe

legitimidade social, justificando a escolha feita com argumentos coerentes. O critério de justiça aponta o equilíbrio justo e a teoria oferece o argumento.

**Critério ético = critério normativo = critério de justiça**

**Critério de justiça → teoria política de justiça → decisão**

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. De forma geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique outras decisões que serão tomadas no futuro. A responsabilidade política condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas (Dworkin, 2002).

É uma teoria política que justifica uma Constituição como um todo, pois ela formula os critérios de julgamento da ordem política e da sociedade organizada, e que, portanto, formula os critérios de justificação da ordem jurídica. Dworkin completa: “Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico [...] ele então deve [...] aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas” (2002, p. 165).

### **2.3. Valor**

Apontar o valor, o norte ético, é selecionar e preferir algo a outro algo. Conforme Nietzsche, o valor inclui um ato de preferir e preterir. A realidade será construída a partir daí. Para os gregos antigos, a realidade é descoberta, é exterior a nós e está dada; para os modernos, a realidade é representação, existe pelo modo como é apreendida intelectualmente pelas

operações do sujeito do conhecimento (o homem); portanto, é construída. O valor controla e molda a realidade, é o ponto de referência, o ponto focal, que deve chamar a atenção dos agentes públicos (para coordenar a alocação e a distribuição) e dos particulares (para demandarem do Estado e para transacionarem entre si).

A ação política demanda a preferência por um valor mais do que a preferência por uma realidade. O valor não aponta o que é verdadeiro ou falso, mas o que é bom ou ruim, pois aponta um fim, um bem, uma escolha entre outras possíveis. Se eu prefiro o energético ao refrigerante, isso não é verdadeiro ou falso, mas pode ser bom ou ruim a depender do fim almejado (se é para melhorar a performance no esporte, o energético é melhor).

A verdade, se colocada nas premissas de um raciocínio, transforma-o num raciocínio “analítico” ou “apodítico”, como o chamava Aristóteles. O que significa que a passagem das premissas à conclusão torna-se obrigatória. Se “todos os homens são mortais” (verdade) e “Sócrates é homem” (verdade), logo, “Sócrates é mortal” (verdade). Significa dizer que tal raciocínio não abre espaço para uma *decisão*, pois não há controvérsia, não há caminhos alternativos. Mas se o que há nas premissas não é a verdade, mas, por exemplo, opiniões ou hipóteses, o raciocínio não é mais apodítico, mas “dialético”, ou, como os chamava David Hume, “moral” ou “normativo” (Odon, 2010).

Para Aristóteles, é esse tipo de raciocínio que leva, a rigor, a uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum. Por isso que Aristóteles dizia que raciocínios dialéticos não se prestavam para a ciência (*episteme*), pois



não se poderia obter verdade deles. E o direito, para Aristóteles, também não deve produzir verdades. O direito aponta direções.

Nas suas palavras:

O processo judiciário pressupõe a liberdade, a responsabilidade na ação julgada e a possibilidade de um comportamento alternativo. A oposição das teses e dos advogados no tribunal põe em cena a alternativa, a negatividade imanente ao simplesmente possível (Aristóteles, 2003, p. XXIX).

A ciência se relacionada com a verdade, com o que é certo, com o que é *necessário*. O direito é uma arte, uma técnica, e como tal se relaciona com o incerto, o provável, o que é *útil*.

O raciocínio científico quer descobrir as regras que governam a realidade. O raciocínio moral ou normativo, por sua vez, atribui regras à realidade. Os homens são entidades que atribuem regras à realidade e assim a constituem como cultura (Weber, 2006). O raciocínio científico não atribui valor à realidade. O raciocínio moral sim. Ele dá valor, precifica, e assim diz que algumas coisas valem mais do que outras.

Tudo tem um preço, como dizem. Significa que atribuímos valor para tudo. As pessoas agem atribuindo valor (vamos dizer, um preço) às coisas em geral. Eu escolho entre uma coisa ou outra porque uma me dá mais utilidade (satisfação, felicidade, bem-estar) do que a outra. Eu escolho viajar ao invés de poupar o dinheiro para comprar um carro, escolho comprar um livro a uma camiseta do mesmo valor, escolho o filme de terror na fila do cinema e não o romântico, e assim por diante. Sou racional e maximizo por causa da escassez (de tempo, de dinheiro). Maximizar utilidade é maximizar interesses, e com base no que me interessa faço escolhas (ordeno preferências, monto uma função de utilidade).

**Cultura**, em Max Weber, é a arena significativa da realidade social, em que os homens *atribuem valor ao que fazem*. Ou seja, atribuem

significado, sentido, finalidade, para maximizarem utilidade (“necessidades da alma”). Cultura é um campo de luta pela imposição do sentido. A cultura dominante é aquela que encontra maior aderência à sua proposta de mundo. As pessoas não produzem sentido para suas vidas percebendo diretamente a realidade; elas percebem a realidade mediante ofertas disponíveis de sentido. Os indivíduos são, para Weber, pessoas em busca de sentido, e não de verdade. Seus atos rotineiros de preferir e preterir são atos de valor (Odon, 2013).

Quando falamos que o valor orienta a ação política, dizemos que ele é o ponto de referência que permite precificar alternativas disponíveis e dizer qual vale mais (função de utilidade), para que seja possível escolher entre alternativas concorrentes. O valor possibilita, em princípio, a existência de uma resposta correta (a melhor decisão entre outras, o que não deixa de estar sujeito ao falseamento, como na ciência). Sem o valor, uma sociedade organizada não pode traçar um programa coerente de ação. Por isso tratamos aqui o valor como um ponto de referência ético, porque ele precifica a realidade a partir de fins eleitos.

Apenas o indivíduo e só ele pode criar valores através da escolha de fins (preferências/interesses). O individualismo metodológico é o núcleo do direito moderno. A ciência nada pode dizer sobre valores. Enquanto a Igreja mantinha seu poder na Idade Média, não era possível viver uma vida ética sem referência a recompensas e castigos após a morte. Com o fim do poder da Igreja, perde-se o referencial ético na Era Moderna. Cada indivíduo cria sua própria orientação ética para dar sentido a um mundo desencantado, e as decisões éticas estão fadadas a entrarem em conflito umas com as outras.

Por meio da política a sociedade tenta transformar preferências individuais em um bem coletivo. Conforme a revolução moderna, qualquer bem só pode ser encontrado dentro dos limites do próprio homem e do mundo. E o direito tenta, dado o bem coletivo decidido politicamente (norte ético), atender a preferências individuais na ponta. O direito coordena a partir dos pontos focais eleitos e dá direcionamento ético ao grupo social.

**Bem = fim = valor = ponto de referência ética → coordenação dos comportamentos para o equilíbrio desejado**

O valor, como critério de justiça, pode (1) valorar o resultado de uma certa distribuição ou (2) valorar o procedimento usado para essa distribuição.

Para ilustrar o primeiro caso, podemos citar o procedimento de divisão de um bolo, e apontar um critério independente que valora o resultado: que os convidados da festa recebam pedaços do mesmo tamanho. Ou seja, o critério de justiça é a igualdade. A solução óbvia seria fazer com que a mesma pessoa que divide o bolo receba o último pedaço, sendo aos outros permitido que peguem os seus pedaços antes dela. Assim, ela terá incentivos para dividir o bolo em partes iguais, já que desse modo pode assegurar para si própria a maior parte possível ao final (Rawls, 2002).

No segundo caso, há um critério que valora o procedimento, e não o resultado. Por exemplo, um jogo de azar. Se um certo número de pessoas se engaja em uma série de apostas regulares, voluntárias e sem trapaça, a distribuição do dinheiro após a última aposta é justa. O resultado do jogo será justo se forem seguidas as regras que definem seu procedimento, sem a necessidade de se lançar mão de um critério independente voltado para valorar a justiça do resultado. Se o jogo foi limpo (ou seja, todos seguiram as regras como deveriam ter sido seguidas),

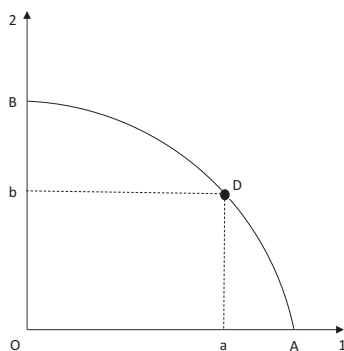
o resultado é justo, seja ele qual for. É como o “par ou ímpar” ou o “pedra-papel-tesoura”.

São exemplos de critérios de justiça que valoram o resultado o de Aristóteles (felicidade) e o do utilitarismo (bem-estar total). São exemplos de critérios de justiça que valoram o procedimento o de Platão (a alocação inicial condicionada à vocação é suficiente para que as engrenagens da sociedade por si produzam resultados justos), o da maximização da riqueza total, o de Rawls (2002) e o de Nozick (1974) (Capítulo 4).

#### 2.4. Valor e eficiência

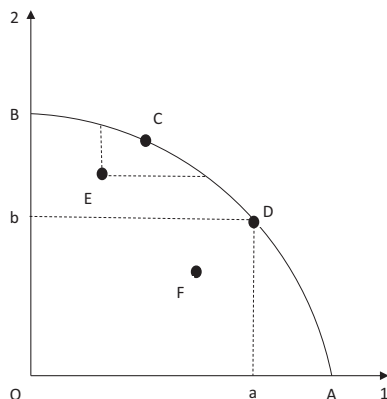
Continuando a pressupor uma sociedade simples, com duas pessoas (1 e 2) e um estoque fixo de bens, o ponto D na Figura 20 (Rawls, 2002, p. 72-73) é um ponto ótimo em que não é possível redistribuir bens, fora da curva AB, sem que alguém piore de situação (a combinação a e b maximiza a utilidade de ambos). Assim, a curva AB é a fronteira Pareto-eficiente das distribuições factíveis.

**Figura 20 – Fronteira Pareto-eficiente**



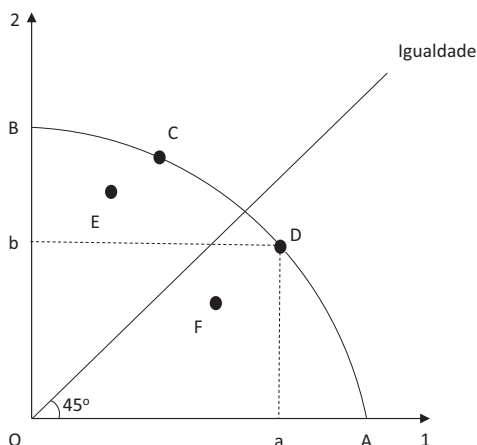
Na Figura 21, C e D são pontos eficientes. A princípio, não é possível dizer que C é melhor do que D, uma vez que ambos são eficientes. É possível dizer, contudo, que C é melhor do que E e que D é melhor do que F.

**Figura 21 – Pontos sobre a linha de fronteira de Pareto**



O que é importante notar é que a eficiência não seleciona por si só uma distribuição específica de bens como a mais eficiente. Ela sozinha não aponta um caminho. Como selecionar então? Por que o juiz ou um agente público numa determinada situação concreta, aplicando a lei, selecionaria D e não C? A decisão precisa ser complementada pela indicação de um critério de justiça (critério ético), que oferece um norte político. Chamamos de critério de justiça porque oferecerá a justificação do equilíbrio decidido. É do que trata a Figura 22, que adiciona um critério de justiça, a reta de distribuição igualitária (igualdade), a 45° da origem (sobre ela as distribuições dos bens a e b são iguais para ambos os lados).

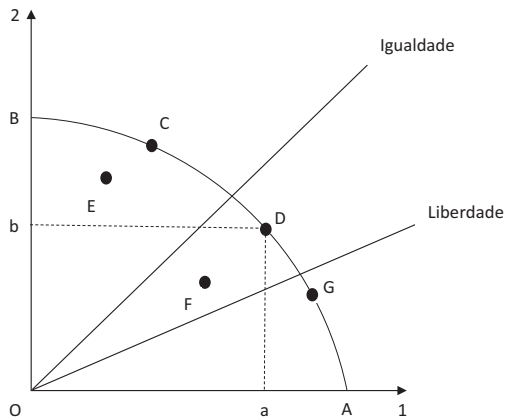
Figura 22 – Critério de igualdade



Se o sistema político dessa sociedade anunciou a igualdade como o critério de justiça regulador, então agora é possível comparar C e D. Deve ser escolhida a distribuição que mais se aproxima do critério. No caso, D. Existe, portanto, a melhor resposta ao problema dado. Se falamos em políticas públicas, podemos pensar tais pontos como pontos de alocação. Em caso de alocação ineficiente ou menos eficiente (em face do critério de justiça), seria possível a busca pela redistribuição via Poder Judiciário.

E se adicionarmos um novo critério? A nova reta na Figura 23 aceita menos igualdade. Vamos chamá-la de critério de liberdade. A pessoa 1 vai ganhando proporcionalmente mais do que a pessoa 2, por razões variadas (por ser mais produtiva, ter mais escolaridade etc.). Se o sistema político adota esse critério, então o ponto G é preferível a D.

Figura 23 – Critério de liberdade



Cada sociedade aceitará um certo nível de desigualdade, e muitas vezes a igualdade vai gerar ineficiência. É um *trade-off* que as sociedades têm que gerir, apontando a sua medida de justiça.

Além disso, como se pode perceber nos gráficos, até mesmo a situação em que a pessoa 1 tem tudo e a pessoa 2 não tem nada é eficiente (o ponto em que a curva AB toca o eixo horizontal). A eficiência é condição necessária, mas não suficiente.

### 2.5. Igualdade x liberdade x eficiência

Por que a sociedade estabelece direitos “ineficientes”? Porque as sociedades realizam valores. Já dissemos que a eficiência não é um dos objetivos da República brasileira. Escolhemos fins e movemos toda a realidade em direção a eles, mesmo ao custo de gerar ineficiência. Esses fins (valores) são justificados e explicados por uma grande *ideia*, uma “imagem” ou “modelo”, composta de vetores no texto constitucional, que não são metodologicamente fins ou objetivos da República; são

*fundamentos* ou *princípios* da República. Não por acaso que nossa Constituição abre com eles. Estão arrolados no art. 1º:

I – soberania;

II – cidadania;

III – dignidade da pessoa humana;

IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e

V – pluralismo político.

Juntos formam a premissa filosófica de nossa República. São uma grande *ideia fundadora*. Como veremos no Capítulo 3, ao falarmos de dominação, as ideias são instrumentos replicadores de valores. Elas os explicam, os justificam, e assim ganham defensores, que as espalham. Essa ideia se tornou dominante e foi insculpida no primeiro artigo de nossa Constituição.

Podemos resumir essa ideia no quarteto *igualdade-liberdade-pluralismo-humanismo*, que são, na verdade, os vetores do Renascimento, que abriu as portas para o surgimento do Estado de Direito que conhecemos hoje.

**Soberania** significa que a vontade do povo tem autonomia interna, que é exercida por meio do Parlamento e do governo, e autonomia externa, perante as outras nações, na figura de seu presidente da República.

**Cidadania** significa que todo cidadão pode exercer suas liberdades por meio da lei – participar da formação do direito (eleger e ser eleito), maximizar sua utilidade dentro da lei e ser inviolável contra tentativas do Estado e de seus pares de lhe subtrair liberdades.



**Dignidade da pessoa humana** significa que todo indivíduo tem direito a ser tratado por todos os outros com o respeito mínimo devido a um ser humano, de modo que todos possam ser donos de si.

**Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** significa que, apesar do papel primordial da livre iniciativa, o interesse da coletividade deve ser preservado e o Estado atribuirá valor social para os bens que julgar importantes e, assim, poderá intervir no mercado.

**Pluralismo político** significa que vige a competição política e as minorias não podem ser bloqueadas.

A liberdade precisa da igualdade por uma questão instrumental. Quem defende a liberdade precisa defender a igualdade porque esta é uma arma estratégica para limitar o alcance dos governos (Okun, 2015). Tanto liberdade quanto igualdade são demandas contra o Estado. Mesmo que uma determinada sociedade não tenha preferência pela igualdade, não queira adotá-la como valor (ou seja, como fim político), é conveniente adotá-la instrumentalmente, por causa de uma conhecida pergunta de Karl Popper (2003): como podemos organizar as nossas instituições políticas de modo que os governantes maus ou incompetentes não possam causar demasiado dano?

Dar o mesmo peso para todos (um homem, um voto; um bem público, todos os homens) é mais simples, objetivo e derruba o custo da informação a zero para todos, o que constrange e limita qualquer tentativa de perversão pelo aparato burocrático. É um ponto claro de coordenação de ações. Um dos problemas básicos do direito é coordenação (Capítulo 3). As razões contra a igualdade são menos fortes do que as razões em seu favor.

Os custos de sua eliminação seriam muito altos considerando o Estado uma entidade perene. Desigualdade é ineficiente.

Uma sociedade poderia optar por alocar votos (direito ao voto) de acordo com a competência, alocar esposas e maridos (direito ao casamento) de acordo com a necessidade de cada um, alocar propriedade de acordo com os objetivos de uso etc., o que abriria espaço para interpretações e uso do poder discricionário por parte de agentes públicos para criar distorções e discriminações. Como alternativa, essa sociedade poderia, simplesmente, dar a todos indistintamente o direito ao voto e a propriedade e limitar uma esposa ou um marido a cada pessoa, o que fecha espaço para desvios de finalidade convenientes.

A igualdade também é estratégica como proteção contra o mercado, e não apenas contra o governo. Uma das razões básicas para a existência do Estado é evitar externalidades, ou seja, a ofensa aos interesses de terceiros. Regulações ambientais existem para evitar poluição do ar e da água, que afeta muitas pessoas. Forças armadas ou polícia não podem ser deixadas ao mercado porque não seria possível garantir a segurança dos que não podem pagar pelo serviço. Por essa razão que um cidadão não pode trocar o direito ao serviço do bombeiro pela redução de carga tributária, pois isso deixaria o seu vizinho em pior situação.

O Estado também retira alguns bens do mercado, vetando transações. Por exemplo, trabalho infantil, trabalho escravo, venda de órgãos humanos, entre outros. Algumas pessoas poderiam estar dispostas a transacionar esses bens, mas o Estado entra para evitar que façam trocas em situações de desespero (Okun, 2015). Por isso existe o salário mínimo, o seguro-desemprego e outras válvulas de escape, oferecidas por meio do

processo político, que, mesmo que gerem ineficiência (por algum critério adotado), preservam valores sociais.

Por essas razões, a dominação pelo mercado não é eficiente, pois há bens que guardam valor social. Se votos pudessem ser vendidos ao preço de cafeteiras, não valeriam mais do que cafeteiras e perderiam seu significado social. Direitos existem, garantidos pelo Estado, para preservar valores que não podem ser medidos apenas em reais ou dólares.

E isso está intimamente relacionado ao pluralismo político. Minorias políticas são preservadas. E também ao humanismo, que se funda sobre a dignidade da pessoa humana (pertencimento a si). As pessoas preferem igualdade também pelo fato de que o direito ao respeito e à dignidade as protegem, na medida em que são garantidos a todos indistintamente.

A cidadania, portanto, não pode ser pensada fora da cesta liberdade-igualdade-pluralismo-humanismo. Tais vetores, juntos, não são inconsistentes ou contraditórios. Muito pelo contrário.

A técnica básica de redistribuição de riqueza na sociedade moderna é via arrecadação e transferência de tributos. Isso ocorre em duas fases. Na primeira fase, o Estado deixa que a riqueza de cada um seja livremente dada pelas regras de mercado e, na segunda fase, o Estado entra para impor tributação progressiva (paga mais quem pode pagar mais) com o fim de oferecer bens públicos (direitos) para todos indistintamente e transferência de benefícios para os mais pobres (salário mínimo, bolsa família, pensões etc.). Por isso que o trabalho e a iniciativa privada têm preços sociais, pois seu produto é usado para realizar fins sociais (“valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, art. 1º, III).

Essa segunda fase não ocorre sem custos: só é possível carregar dinheiro do rico para o pobre num balde furado (Okun, 2015). Sempre algo se perde, é desviado, é mal aplicado; enfim, é desperdiçado.

Assim, dado que existe uma preferência social pela igualdade e um custo para alterar a distribuição de riqueza feita pelo mercado, a sociedade enfrenta um *trade-off* entre igualdade e eficiência (Okun, 2015). Alguma eficiência é sempre sacrificada com a referida segunda fase, que interfere nas regras de mercado para gerar mais igualdade (reduzindo a desigualdade). Ao mesmo tempo alguma desigualdade é mantida, para preservar eficiência. Assim, a sociedade vai carregar o balde furado para perseguir igualdade até o ponto onde os benefícios de mais igualdade se igualam ao custo de menos eficiência (ponto ótimo).

Na medida em que isso é feito, não existe um *trade-off* entre igualdade e liberdade (Okun, 2015). A teoria do contrato social mostra bem isso. A maximização de liberdade não se obtém com a maximização do uso da propriedade privada. Isso é o estado de natureza em Hobbes e em Locke. A maximização da liberdade vem com o advento do Estado. O uso livre da propriedade privada depende de uma autoridade externa que garanta as transações. Se alguém descumprir um contrato, precisará buscar a satisfação de seu dano diante de uma parte não-cooperativa num tribunal; se alguém invadir sua terra, precisará contar com o apoio da polícia para punir o invasor. Coerção se dá em favor do mercado e da liberdade.

### ***Trade-off* → igualdade/liberdade x eficiência**

O *trade-off* que existe é entre o alcance dos direitos de propriedade privada, de um lado, e liberdade/igualdade, de outro. Maximizar propriedade privada não maximiza riqueza (eficiência) nem liberdade.

Apesar da ideia filosófica com a cesta de princípios constante do art. 1º da Constituição ser consistente, o mesmo não podemos dizer da cesta de valores constante do art. 3º, os objetivos da República.

Com base no exposto, é possível perceber que os objetivos de “desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), interpretado aqui como maximização da riqueza total (eficiência), e “erradicação da pobreza/redução das desigualdades sociais” (mais igualdade) (art. 3º, III) enfrentam um *trade-off*. Como se verá no Capítulo 4, os objetivos de solidariedade e liberdade (art. 3º, I), interpretado como maximização da riqueza dos menos favorecidos (maximin de Rawls), e de erradicação da pobreza também enfrentam um *trade-off*.

Mas o que dizer da relação entre princípios e objetivos da República?

## **2.6. Princípios x objetivos**

Não pode haver *trade-off* entre princípios e objetivos. Os princípios do art. 1º comunicam uma grande ideia, como visto no item anterior, e a ideia só existe por causa dos interesses (os fins, os valores). São os interesses que governam diretamente a conduta do homem, e as ideias produzem visões de mundo que evidenciam a dinâmica desses interesses (Weber, 2008). Por meio das ideias os homens carregam seus interesses por aí. As ideias são unidades de transmissão cultural (Dawkins, 2007).

Isso está em Aristóteles. Os homens possuem interesses e perseguem fins, e o Estado é o lugar que lhes permite realizá-los. Os homens fazem leis e criam o direito em busca desses fins, que são o bem viver, o qual nossa Constituição divide em quatro objetivos políticos. A

ideia serve aos fins, e não o contrário. Os princípios servem aos objetivos, pois existem por causa destes. O perigo é quando os agentes públicos se esquecem dos fins e dão vida autônoma aos princípios, a ideia pela ideia, e aí, como um carro desgovernado, o Estado fica sem rumo.

É conhecida a distinção feita por Dworkin (2002) entre princípios e objetivos políticos. Em sua teoria, os primeiros anunciam direitos; os segundos, metas coletivas. Para Dworkin, os juízes precisam raciocinar com princípios – especialmente em casos difíceis, que exigem mais do que a simples aplicação de regras jurídicas –, e por meio deles encontrar e anunciar o direito devido num caso concreto, ainda que objetivos políticos sejam sacrificados. Numa abordagem interdisciplinar, essa posição não tem sentido. Os princípios não podem entrar numa situação de *trade-off* com os objetivos; afinal, cada direito individual carrega consigo um objetivo político individuado (Capítulo 4).

Uma teoria política de justiça que dá sentido a todo um ordenamento político-jurídico precisa fazer a ponte entre valores e direitos concorrentes nos casos concretos. Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à “doutrina da responsabilidade política”, e tal doutrina afirma, segundo Dworkin, que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique outras decisões que serão tomadas no futuro. Concordamos, mas tal doutrina deve coincidir com a **ética da responsabilidade** de Weber: o agente público deve ser julgado pelos resultados, e não por suas convicções.

Para ilustrar a questão, podemos retomar o exemplo dos leitos em um hospital público, que abordamos no item 2.2. Uma pessoa pobre A em estado grave de saúde demanda no Judiciário um leito numa UTI lotada

de um hospital público. O juiz, usando como argumento o princípio da dignidade da pessoa humana, manda o hospital disponibilizar um leito adicional na UTI. Outras pessoas, B e C, podem adotar a mesma estratégia e acionar o Judiciário para terem direito ao atendimento médico. Contudo, mais leitos na UTI prejudicam as pessoas que já estão lá (será o mesmo número de médicos para um número maior de pacientes, poderão faltar remédios para todos, as enfermeiras não terão condições de dar a atenção devida para todos, além da falta de espaço e área mínimos). Isso se traduzirá em piora no atendimento, maior risco de infecção, o que poderá resultar no agravamento da saúde das pessoas ali internadas.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana de C tem um limite, e ele é exatamente a dignidade de A, B, D, E e dos demais. Para servir a dignidade da pessoa humana, o juiz precisará se informar e encontrar o ponto ótimo de atendimento digno na UTI (o ponto  $a_3$  na Figura 19). Um leito além do ponto ótimo significará deixar alguém em pior situação, o que ofende sua dignidade. O ponto ótimo serve a objetivos políticos, como o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por exemplo. A afronta ao equilíbrio ofende objetivos políticos. Ou seja, o princípio precisa servir aos objetivos, e não o contrário. O princípio se realiza no objetivo político; não tem sentido fora dele.

Para realizar objetivos políticos, o juiz pode, dado o ponto eficiente, buscar pela melhor distribuição de direitos. Por exemplo, selecionar em razão da complexidade do tratamento médico (talvez duas pessoas com a condição de saúde x imponham ao Estado o mesmo custo que uma pessoa com a condição y), da gravidade da lesão ou doença, da condição financeira do paciente, da idade etc. A forma consistente e

sistemática com que o Judiciário justificar a distribuição eficiente escolhida é o que temos chamado de teoria política de justiça.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para uma condenação criminal. O juiz deve ter conhecimento do ponto ótimo de ocupação de determinado presídio para que o objetivo de ressocialização possa ser alcançado; caso contrário, poderá avaliar a substituição da prisão por uma pena alternativa ou um regime de pena mais brando. Outra questão relevante é a utilidade marginal de cada ano a mais de pena imposto.

Na teoria de Dworkin, a obrigação jurídica nasce (seja para o cidadão, seja para o Estado) sempre que as razões que sustentam a sua existência, verbalizadas na forma de princípios jurídicos, são mais fortes do que as razões contra sua existência. É precisamente o objetivo (valor) que informa qual alternativa é mais forte.

Em suma, ideias ou princípios replicam valores, que são fins, e devem servir a eles, carregá-los consigo para todos os lugares.

Em casos difíceis, uma estratégia útil que ajuda a apontar a solução é o minimax (o limite prudencial referido no item 2.1.1). O Estado, na filosofia política, foi fundado sobre essa estratégia. Ou seja, evitar a pior perda. O contrato social é uma ideia geral que se replica e explica o direito moderno, mas muitas vezes é ignorada. Na dúvida, é do interesse da sociedade que o pior cenário seja evitado.

Assim, podemos encontrar um nível ótimo de distribuição de direitos através da minimização de uma função de perda social. É uma questão de perspectiva. Aqui se adota uma função de minimização (custo), ao invés de uma função de maximização (ganho). Tanto uma solução viável que minimiza ou maximiza (a depender do objetivo) é ótima.



## 2.7. Verdade é valor?

E a verdade? Com base no que foi visto no item 2.4: como desenhar uma reta da verdade? A verdade não é um bom critério normativo, pois não ajuda a selecionar um ponto de eficiência. Aristóteles foi sábio ao alertar que não é função dos tribunais produzir verdade. Devem buscar justiça, o que é bem diferente, e as Figuras 22 e 23 ajudam a perceber por quê.

A verdade não serve como critério normativo. Verdade é virtude. Devemos buscá-la pessoalmente como virtude, mas não serve como critério de ação política para um grupo. Ela não oferece um programa coerente de ação coletiva.

Propostas de justificação de decisões (que literalmente dão justiça a uma decisão) não são, a rigor, teorias da verdade (Kirkham, 2003). O que elas buscam é tentar fornecer um critério prático para justificar uma decisão, dizer por que ela é justa.

A justificação que usa a verdade como o critério de justificação cai numa análise inútil e circular e não fornece um programa adequado e coerente de ação. Conforme Kirkham, “devemos parar de considerar a verdade como o valor que estamos (e/ou que deveríamos estar) buscando quando nos engajamos numa investigação e na justificação de uma crença e na confirmação de uma teoria” (2003, p. 82). Melhor seria, completa, “se almejássemos construir uma visão de mundo coerente que nos ajudasse a explicar e prever o curso de nossas experiências” e “enfrentar o mundo”.

Karl Popper (2003) interpreta a marcha da atividade científica como um processo infinito de formação de hipóteses e correções de erros

via falseamentos. Assim, mesmo no campo da ciência, a verdade é levada a segundo plano. Ela ganha uma conotação formal: teorias com maior durabilidade apresentariam uma maior aproximação à verdade.

Peter Häberle (2008) fornece outros motivos. Para Häberle, o protótipo do Estado constitucional, como democracia pluralista, se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antagônico ao Estado totalitário e a todas as “pretensões fundamentalistas de verdade”, aos “monopólios da informação” e às “ideologias imutáveis”. Para ele, esse Estado se caracteriza exatamente pelo fato de “não estar em posse de verdades eternas pré-constituídas” (2008, p. 105).

Como Estado neutro do ponto de vista da religião, da arte e da ciência, o Estado constitucional, prossegue Häberle, refuta o papel de juiz da religião e da arte, e deixa espaço para as ciências e sua respectiva autonomia, liberando, assim, as forças da pessoa humana, deixando-a percorrer um caminho próprio na busca da verdade. O princípio da publicidade e da responsabilidade, que rege os atos do Estado, cria diversas oportunidades de aproximação às verdades (*due process of law*, *audiatur et altera pars*, *princípio da livre convicção do juiz*) e exclui aquela “verdade única” própria do Estado totalitário e fundamentalista.

Ainda podemos citar Habermas (2004). Ele defende que o processo de aplicação do direito deve se traduzir em um procedimento discursivo de tomada de decisão calcado no melhor argumento, em que seja considerada a autonomia das partes, a pluralidade dos entendimentos implicados e a participação de todos os envolvidos. Assim, defende uma prática de resolução de conflitos com quatro condições: 1) publicidade e inclusão (ninguém pode ser excluído se quiser usar a palavra); 2) direitos comunicativos iguais (todos devem ter as mesmas chances de se

expressar); 3) exclusão de enganos e ilusões (os discursos devem ser sinceros); e 4) não-coação (a comunicação deve estar livre de restrições que impeçam que o melhor argumento venha à tona). A teoria de Habermas procura trazer os valores democráticos para o campo do direito (concepção do conflito como legítimo, intercompreensão, consenso), e a verdade possível emerge como resultado do embate comunicativo entre as partes envolvidas.

Conforme visto, o Estado que busca progresso e bem-estar para a sua população precisa operar com a razão instrumental (balancear custos e benefícios), maximizar utilidade, encontrar o melhor equilíbrio com base nos valores eleitos no processo democrático. Isso é fazer justiça. Nesse processo, dois fatores se revelam fundamentais para que o Estado ganhe estabilidade e viabilidade no tempo: legitimidade e coordenação. É do que trata o Capítulo 3.

## Capítulo 3

### Justiça e Coordenação

#### 3.1. Paradoxo de Condorcet

A democracia é um método que satisfaz preferências individuais por meio da ação coletiva. O Estado de Direito é um método que busca coordenar as preferências individuais uma vez dada a decisão coletiva. O Paradoxo de Condorcet revela um problema que surge no primeiro método, mas que pode ser compensado no segundo.

Na democracia, busca-se alcançar o ideal da felicidade de que já falava Aristóteles com uma estrutura que distribui funções públicas aos candidatos preferidos pela maioria da população (eleitores), criando-se o incentivo para que tais agentes públicos ofereçam os bens públicos que os cidadãos preferem.

O Estado Moderno tem como pressuposto metodológico o indivíduo. Isso significa que as decisões coletivas são reflexos de preferências e decisões individuais. O Estado, na teoria do contrato social, é formado a partir de um pacto entre indivíduos. Na nossa Constituição, os direitos individuais antecedem as normas de organização do Estado. Então a seguinte pergunta torna-se importante: há um método para alcançarmos um estado social ótimo a partir de preferências individuais dadas? Como se chegar a um máximo coletivo a partir de preferências de indivíduos?

Condorcet percebeu que o sistema político fundado sobre a regra democrática da maioria não possibilita atingirmos um estado social

ótimo se existem mais de duas alternativas políticas à mesa. O método democrático gera ciclicidade e irracionalidade.

Quando falamos aqui de racionalidade, falamos objetivamente dos três pressupostos metodológicos que mencionamos no item 2.4: completude, reflexividade e transitividade. A regra básica que sustenta esse trio é a transitividade. Se eu prefiro  $x$  a  $y$  e  $y$  a  $z$ , por decorrência lógica eu prefiro  $x$  a  $z$  ( $x > y > z$ ).

Pressupondo 3 votantes (A, B e C) que precisam se posicionar sobre 3 alternativas ( $x$ ,  $y$  e  $z$ ), temos abaixo as preferências individuais e o resultado da votação com o uso da regra da maioria (onde “P” significa “preferido a”):

A:  $x P y P z$

B:  $z P x P y$

C:  $y P z P x$

O resultado da decisão sob maioria (onde “ $P_M$ ” significa preferência da maioria) é o seguinte:

$x P_M y$

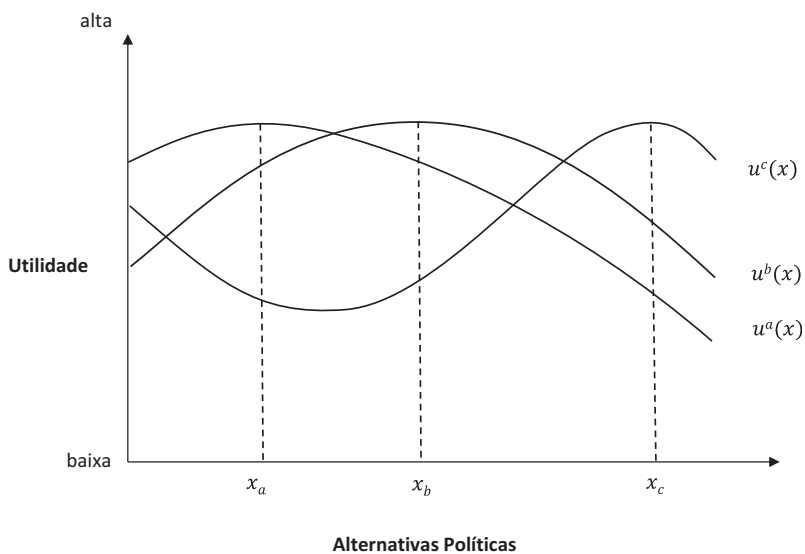
$y P_M z$

$z P_M x$

O resultado sob maioria é inconsistente:  $x P_M y P_M z P_M x$ . É intransitivo:  $x > y > z > x$ .

Podemos ver o problema de outra forma, conforme a Figura 24 (Cooter, 2000, p. 38).

Figura 24 – Preferências intransitivas



Trata-se de uma situação de falta de equilíbrio. As preferências dos 3 eleitores são resumidas assim (onde “>” significa “preferido a”):

$$A: x_a > x_b > x_c$$

$$B: x_b > x_c > x_a$$

$$C: x_c > x_a > x_b$$

O resultado da votação é:

$x_a$  vence  $x_b$

$x_b$  vence  $x_c$

$x_c$  vence  $x_a$

A regra da maioria provoca ciclicidade.

Isso significa que o resultado é irracional. Gera-se alto risco de ineficiência, ou seja, desperdício de recursos públicos, com a alocação/distribuição ruim (casuística) de recursos públicos. Dissipa-se riqueza. Sob a regra da maioria, o *rent-seeking* é forte (grupos pressionam por alocações e distribuições de direitos e deveres para fazer “renda”, que é um excedente que não teriam sem essa manipulação do ambiente político). O resultado dessa falta de equilíbrio é logicamente injustiça.

Há um vício procedimental na democracia. Está transcrito no art. 47 de nossa Constituição: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa [Câmara dos Deputados e Senado Federal] e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Montesquieu percebeu isso e se mostrou preocupado com a irracionalidade das massas em seu *Espírito da Lei*. Assim como Platão e Aristóteles, Montesquieu também não mostrava apreço pela democracia. Esse regime político seria incompatível com a ideia de império da lei. Enquanto a lei busca dar rumos racionais para a sociedade, a política, por meio da regra da maioria e da pressão social, gera risco significativo de ineficiência e irracionalidade, que acaba por distanciar a sociedade dos fins inicialmente almejados pela lei.

Montesquieu defendeu uma monarquia constitucional. Montesquieu foi bem claro ao se posicionar contra a democracia, apesar de ter mente, quando escreve, a democracia direta:

É verdade que nas democracias o povo pode fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer *o que se deve querer* e em não ser constringido a fazer *o que não se deve desejar* (1995, p. 186, grifos nossos).

Trata-se do problema da *vontade racional*. Mais especificamente do controle da vontade irracional. Não por outra razão que a principal preocupação de Montesquieu era neutralizar o poder (que ficou conhecida como “teoria da separação dos poderes”).

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo poder legislativo (1995, p. 193-194)

Para o controle da vontade irracional é preciso neutralizar o poder, por meio de um método de pesos e contrapesos, para que não se cause demasiado dano à sociedade.

Isso posto, o direito entra como possibilidade de dar racionalidade à aplicação dos recursos sociais, ao distribuir direitos e deveres na ponta, nos casos concretos, perante duas alternativas apenas. Ainda que o provimento não seja integral, em todo litígio judicial o juiz ou turma de juízes dá o direito para uma ou outra parte. Se você pede 100 e o juiz dá 100, você é o vencedor. Se você pede 100 e o juiz dá 50, você continua sendo o vencedor do processo (se não tivesse ajuizado a ação, a outra parte não teria desembolsado nada). Por último, se você pede 100 e o juiz dá 0, a outra parte é a vencedora. Mas se um juiz ou ministro numa turma de juízes ou ministros propõe uma terceira alternativa durante um julgamento, gera-se risco de ciclicidade.

Dominação é importante para estabilidade. A situação em que qualquer alternativa é dominada por outra alternativa gera instabilidade. Na política, uma coalizão pode ser formada para definir uma alternativa dominante. Dominação permite termos um “vencedor de Condorcet” (*Condorcet winner*), que se refere à alternativa que vence qualquer outra numa votação pareada. O vencedor de Condorcet é estável, normalmente



chamado de “núcleo” do jogo, pois não pode ser derrubado por uma coalizão que defenda uma outra alternativa.

Vencedores de Condorcet são difíceis. Jogos democráticos redistributivos não tem núcleo, em regra. Quanto mais heterogêneos os interesses, mais votantes, mais alternativas, mais difícil fica o surgimento de um vencedor de Condorcet. As elites políticas precisam cooperar e barganhar para darem um mínimo de racionalidade ao curso do Estado. Quando a barganha falha, a regra da maioria para escolhas que envolvem múltiplas dimensões pode levar a um jogo instável de redistribuição.

Trata-se de um problema importante que tem a ver com uma longa tradição filosófica que defende que uma pessoa racional sabe o que quer; ou seja, pode ranquear estados do mundo de bom para ruim (Capítulo 1). Sem poder analisar o mundo e dizer o que é melhor e o que é pior, uma pessoa não pode traçar planos racionais de vida e dizer que rumo quer seguir, dizer o que é melhor para ela. Como buscar a virtude e a felicidade (Aristóteles) e fundar uma República com base em vocações (Platão) se a pessoas não sabem o que querem? Como se autopreservar no mundo e maximizar seus interesses se a pessoa não é dona de si (Espinosa) e não consegue apontar bens superiores a outros (Mill)?

Votos intransitivos deixam o Estado sem objetivos definidos e coerentes. Intransitividade é um problema filosófico, assim como é um problema econômico e sociológico, e que vai exigir uma solução jurídica ou administrativa na ponta (do juiz ou do servidor público que vai aplicar a norma a um caso concreto).

Por exemplo, por hipótese, um volume  $x$  de automóveis numa via pública que trafega dentro de um intervalo de velocidade  $a$ - $b$  garante um fluxo regular que beneficia a todos em um horário de pico. Se um

automóvel sai do intervalo eficiente, pode contribuir para gerar congestionamento, o que legitimaria uma multa por parte do agente de trânsito, para que o comportamento seja evitado no futuro. Se a autoridade pública justifica a sanção argumentando que o comportamento prejudica o grupo, o que se traduz em desperdício de recursos sociais (tempo de trabalho perdido, aumento do risco de colisão etc.) e, portanto, perda de utilidade (riqueza, bem-estar) para a cidade, e elenca um dos objetivos do art. 3º da Constituição, a coisa toda muda de figura (ele aplica uma teoria política de justiça). Ele executa justiça, ou seja, opera racionalmente para obter o melhor equilíbrio, o que dificilmente seria possível a partir de uma votação em que todo o grupo de condutores de veículos participasse.

A escolha coletiva geralmente envolve escolhas multidimensionais, como gastos em educação, segurança e infraestrutura. As preferências dos eleitores geralmente formam ciclos intransitivos quando escolhas políticas têm múltiplas dimensões. Podemos considerar, por exemplo, uma alocação de recursos públicos para escolas, estradas e policiamento.  $X_a$  é uma alocação com alto gasto em escolas, gastos modestos em estradas e pouco gasto em policiamento;  $x_b$  com alto gasto em estradas, modesto com policiamento e pouco com escolas; e  $x_c$ , por fim, alto gasto em policiamento, modesto em escolas e pouco em estradas. Eleitores com preferências comuns e convexas podem ranquear assim as três alternativas (Cooter, 2000, p. 42):

Pessoa A (viajante com crianças):  $x_a > x_b > x_c$

Pessoa B (viajante sem crianças):  $x_b > x_c > x_a$

Pessoa C (avó receosa):  $x_c > x_a > x_b$

Os três votos formam um ciclo intransitivo sob a regra da maioria. A probabilidade de mais intransitividade aumenta com maior número de votantes e de alternativas.

Abaixo, P123 representa o perfil de preferências de três votantes A1, A2 e A3 (Cooter, 2000, p. 43). Alguns perfis levam a ciclos e outros a vencedores de Condorcet. P123 leva à ciclicidade, enquanto P124 mostra um vencedor de Condorcet. Quando o número de alternativas e de votantes aumenta, a proporção de possibilidades lógicas de perfis gerando ciclos aumenta como proporção do número total de possibilidades lógicas. Partidos políticos existem para reduzir a diversidade de perfis.

$$A1: x_1 > x_2 > x_3$$

$$A2: x_2 > x_3 > x_1$$

$$A3: x_3 > x_1 > x_2$$

$$A4: x_1 > x_3 > x_2$$

$$A5: x_2 > x_1 > x_3$$

$$A6: x_3 > x_2 > x_1$$

Kenneth Arrow (1963) demonstrou que a democracia não pode resolver o problema da intransitividade na escolha de bens públicos. Ele pensou uma função de bem-estar social como uma Constituição numa sociedade livre: refletiu sobre a possibilidade de alcançarmos uma decisão coletiva a respeito de um estado ótimo de bem-estar social a partir de ordenações de preferências individuais (ou seja, uma função que agrega preferências individuais em preferências sociais), e concluiu que é impossível realizar essa função se impormos algumas condições bastante razoáveis.

Arrow apontou que um processo de tomada de decisão numa sociedade democrática moderna precisa satisfazer 5 condições:

**Condição 1:** racionalidade (atendimento aos pressupostos de completude, reflexividade e transitividade já referidos);

**Condição 2:** ordenação irrestrita (quaisquer séries de ordenações são admissíveis, o que valoriza a liberdade individual);

**Condição 3:** eficiência de Pareto (se para um indivíduo  $x P y$ , e se ao menos uma pessoa melhora de situação em  $x$  sem que ninguém piore, então, para o indivíduo, ainda  $x P y$ , o que significa, em suma, exigência de uma correlação positiva entre valores sociais e individuais. Se a sociedade valoriza mais  $x$ , isso não deve afetar a preferência individual por  $x$ );

**Condição 4:** independência de alternativas irrelevantes (se  $x P y P z$  e  $y$  é retirada, então  $x P z$ . Uma circunstância acidental não poderia perturbar a ordenação original, como a morte de um dos candidatos, se as alternativas se referem a candidatos eletivos, por exemplo);

**Condição 5:** não ditadura (não imposição externa de um critério de ordenação de preferência. Ou seja, a função de utilidade dos cidadãos não pode ser imposta).

Dadas essas 5 condições, Arrow buscou uma fórmula para a função de bem-estar social que as satisfizesse. Não é possível realizar tal função sem violar ao menos uma das 5 condições se a escolha envolve mais de duas alternativas. Daí o nome de **Teorema da Impossibilidade**. Ou seja, são cinco condições desejáveis e razoáveis para vigorarem em uma sociedade livre, aptas a realizar um estado social ótimo, mas que juntas geram um vício procedimental: a indecidibilidade.

Conforme os gregos clássicos, se a lei impera, a democracia é o pior regime, pois é preciso um propósito comum para se conseguir algo. Nesse caso, seria preferível um monarca. Retirando-se a condição nº 5, portanto, resgata-se a decidibilidade.

É a solução de Aristóteles (1991). Se um homem tem muitos méritos e não perturba o bem viver, só resta para a sociedade tomar um partido: “que todos, como parece ditar a natureza, obedeçam a tal homem e que ele reine perpetuamente no Estado”. Para Aristóteles, a democracia é o governo voltado para a utilidade dos fracos, dos pobres, que é a classe mais numerosa, que precisa de direção, e não ela dirigir.

O Judiciário, com seus juízes, tribunais e tribunais superiores, quando tem diante de si apenas duas alternativas (duas partes em litígio) e, com a repetição, uniformiza a jurisprudência, tem poder constitucional e condições para realizar a função de bem-estar social de Arrow. Isso sublinha a importância da autoridade julgadora, justamente a que garante a estabilidade do Estado de Direito, conforme John Locke.

### **3.2. Dominação**

Como uma sociedade se sustenta no tempo, como gera adesão, legitimidade? Mais especificamente: como caminhar num rumo coerente e estável (realizando uma função de bem-estar social) dada uma grande população? A sociologia oferece uma resposta.

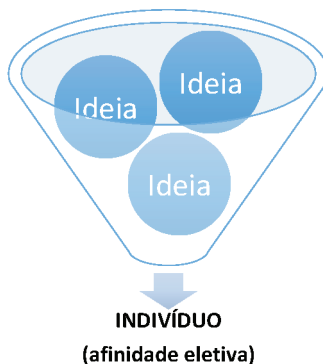
Quando falamos do valor, dissemos que cultura é a arena significativa da realidade social, em que os homens atribuem valor ao que fazem. Ou seja, atribuem significado, sentido, finalidade, para maximizarem utilidade.

Somos racionais e maximizamos por causa da escassez (de tempo, de dinheiro, de habilidade). Maximizar utilidade é maximizar interesses, e com base no que nos interessa fazemos escolhas (ordenamos preferências, montamos uma função de utilidade).

A economia não quer saber a fonte desses interesses. A sociologia quer. O canal pelo qual os interesses migram da economia para a sociologia é a *ideia* (item 2.6). As preferências, que permitem aos indivíduos executarem diariamente suas funções de utilidade, têm interesse sociológico quando vinculadas a *ideias*.

As ideias oferecem razões para as preferências, dizem por que  $x > y$  e não  $y > x$ . As ideias justificam as escolhas. Elas são ofertas de sentido. A partir delas as pessoas atribuem valor às coisas e ao que fazem. Ideias são ofertas de sentido disponíveis que os indivíduos escolhem quando há uma afinidade eletiva; ou seja, quando ela se relaciona com sua “situação de vida concreta”, conforme Weber (Odon, 2013).

**Figura 25 – Ofertas de sentido**



Interesses usam ideias para se justificarem e se replicarem dia após dia. A partir daí a ideia permite dar o preço às coisas.

Dawkins (2007) fez uma analogia interessante entre ideias e genes. O gene é a entidade replicadora mais comum no nosso planeta. A transmissão cultural é análoga à transmissão genética, no sentido de que pode dar origem a uma forma de evolução. Ideias são unidades de transmissão cultural. A “ideia Deus”, por exemplo, se replica pela palavra escrita e falada, auxiliada pela música e pela arte, e se mostra bastante estável. Para Dawkins, seu elevado grau de sobrevivência se deve ao seu grande apelo psicológico, por fornecer uma explicação superficialmente plausível para questões profundas e perturbadoras a respeito da existência.

Assim como os genes, a seleção favorece as ideias que exploram o seu ambiente cultural em proveito próprio (afinidade eletiva). Esse ambiente cultural consiste em outras ideias que também são objeto de seleção. O *pool* de ideias, portanto, passa a ter os atributos de um conjunto evolutivamente estável, com bom grau de adaptabilidade à vida concreta, que as novas ideias dificilmente conseguem invadir.

O que a razão instrumental faz para atribuir valor é confrontar o preço com o custo (análise de custo-benefício padrão). Embutido em todo preço há um custo, o custo de oportunidade: compro x e deixo de comprar y; faço x e deixo de fazer y. O valor real das coisas é, na verdade, o que abrimos mão para ter. Se eu compartilho da “ideia Deus” num sentido forte, possivelmente preferirei ir à igreja num domingo pela manhã do que ir ao parque.

A ideia me fará resistir ao passeio no parque todos os domingos, elevando o meu custo de oportunidade (o preço) para fazer a troca. A ideia de x vai aumentar o valor de x pra mim e reduzir o valor de y. E se conheço mais pessoas que compartilham comigo a mesma ideia e a

ideia ganha estabilidade no tempo (tradição), o desvio de curso tende a ficar cada vez mais difícil e mais caro.

Eu só mudarei de curso quando a ideia deixar de dar sentido para a minha vida (afinidade eletiva), e então perceber que outra ideia me satisfaz mais. As pessoas são seres em busca constante de sentido para suas ações, e variadas ofertas de sentido estão à disposição no ambiente social, e as pessoas adotarão as ideias que lhe oferecerem maior utilidade, e permanecerão nelas enquanto extraírem utilidade (enquanto oferecerem explicações plausíveis para sua situação de vida concreta).

A literatura econômica costuma se referir o que chamamos aqui de *ideia* como *crenças*. Podemos representar a ideia como um conjunto I de crenças nestes termos:

$$I = \{c_1, c_2, c_3\}$$

Experiências de vida de pouca mobilidade social e pouca alteração no nível de renda contribuem para fortalecer a crença menor no esforço individual e o voto por mais redistribuição, o que caracteriza “dinastias de esquerda”, mais presentes em classes sociais mais baixas, ao passo que “dinastias de direita”, que acreditam que o esforço pessoal é a chave do sucesso, e demandam menos por redistribuição, são mais encontradas na classe média e classes mais altas (Piketty, 1998).

Ainda que o nível de renda seja o mesmo dentro de certo grupo de eleitores, suas origens sociais os farão votar de forma diferente (a favor de mais ou menos redistribuição). A diferença principal entre os eleitores, concluiu Piketty (1998), não está em suas preferências e funções de utilidade, mas nas ideias sobre políticas a que foram expostos durante o curso de suas vidas sociais.



Quando há afinidade eletiva, a ideia acaba se conformando ao uso, é incorporada à rotina, e passa a servir de modelo para a atribuição de valor a tudo ao redor (preferências/função de utilidade). O que vale mais para o sucesso, o esforço individual ou fatores predeterminados (como “berço de ouro”)? A pessoa vota no candidato x porque compartilha da mesma ideia que ele verbaliza, e a pessoa vê nele, mais do que em outro, a possibilidade de tirar significado da posição social que ocupa e, assim, encontrar conforto moral.

Weber (2006) levanta a questão de que, no seu cotidiano concreto, os homens frequentemente agem esquecidos da ideia historicamente original que fundamenta os valores orientadores das suas ações, seja porque a ideia já pereceu, seja porque apenas se difundiu através das suas consequências.

Situações de vida concreta semelhantes tendem a levar a compartilhamento de ideias semelhantes, e com elas tabelas de preço para o mundo (valor). Quanto mais igual um grupo social, mais convergências e maior a probabilidade de realizar um estado de bem-estar social ótimo. Quanto mais desigual o grupo, quanto mais heterogêneos os interesses, menor essa probabilidade.

**Dominação**, portanto, significa probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de conteúdo I' (coerente com a ideia I). A dominação eficaz garante o surgimento de um vencedor de Condorcet.

#### **Dominação → vencedor de Condorcet**

A dominação, em Weber (2009), pressupõe um “mínimo de vontade de obedecer”, isto é, de “interesse na obediência”. Se há interesse na obediência, a dominação ganha legitimidade. A dominação é o

mecanismo responsável pela persistência de linhas de ação e, assim, pela imposição de uma certa ordem no tempo. A dominação desvela uma certa força moral entre os indivíduos (força de coordenação), agrega expectativas e crenças. Quanto mais estável, maior a probabilidade de se encontrar obediência. A dominação oferece referências e modelos de comportamento que geram expectativas auto-realizáveis no tempo e apontam o equilíbrio desejado num jogo de múltiplo equilíbrio. Por trás há um consenso legitimador, que torna possível a união das partes ao todo.

Não por acaso Espinosa escreveu: “o corpo do Estado deve ser conduzido de certo modo por um pensamento único” (2000, p. 450).

A vida social é um campo de ações de sentido e, assim, um campo de luta pelo sentido dominante. A Constituição é o resultado do embate de interesses na assembleia constituinte de variados grupos sociais de pressão.

A dominação pode se dar de três formas básicas: (1) pela crença na **legitimidade do direito** (“legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”); (2) pela crença na **legitimidade da tradição** (“na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”); ou, por fim, (3) na **legitimidade do líder** (“baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”) (Weber, 2009, p. 141).

O Estado de Direito precisa do primeiro tipo de legitimidade, e se ergueu historicamente contra o poder da tradição e da autoridade. Podemos chamar de legitimidade o poder de coordenação do direito.

Quando há legitimidade, há poder. Poder significa apoio por uma quantidade suficiente de pessoas. Sem poder, será preciso apelar para a força, ou seja, violência, que indica ausência dessa quantidade, e, portanto, ausência de poder.

É o apoio de quantidade suficiente e estável de pessoas que empresta poder às instituições de um país, e este apoio não é mais do que a continuidade do consentimento que, de início, deu origem às leis. Em uma frase, poder é “agir de comum acordo”. Poder não demanda justificação; demanda legitimidade (Arendt, 2008).

O jogo do dilema do prisioneiro é uma ferramenta útil para perceber a dinâmica da dominação a partir das expectativas sociais compartilhadas (item 3.5.1).

Este é o esquema weberiano básico:

**Ideia I (afinidade eletiva) → oferta de sentido para a vida → ordem I'  
→ interesse na obediência → legitimidade → dominação**

Com base nesse esquema, podemos quebrar e dividir um pouco mais a ideia de contrato social.

### **3.3. Estado como acordo de elites**

Historicamente, quando as pessoas se juntaram para formar comunidades organizadas, surgiram as elites, pessoas com acesso privilegiado a recursos e atividades produtivas e com a habilidade para formar organizações sancionadas pela maioria (igreja, exército, polícia, tribunais, parlamento, empresas, sindicatos, partidos políticos etc.), com o fim de formar redes de cooperação em massa.

As instituições (leis, convenções, códigos de conduta), ou seja, as regras do jogo, surgem para reduzir a assimetria de informação e facilitar

a coordenação dos comportamentos. Uma ordem de determinado conteúdo passa a ser mantida por um quadro específico de pessoas que usarão força física (coerção) e/ou psíquica (ideias) com a intenção de obter conformidade com a ordem, ou de impor sanções pela sua violação. Se há interesse na obediência pela maioria, ela ganha apoio e legitimidade, e há dominação.

Direitos individuais vêm de uma tradição filosófica que enfatiza a autonomia pessoal (o “pertencimento a si mesmo” de Espinosa) e a liberdade política. As constituições modernas nasceram a partir do medo de facções; ou seja, no medo de que uma facção da elite ganhasse ascendência sobre as demais, rompendo-se o balanço de interesses (North, Wallis e Weingast, 2009). Era necessário um sistema em que todos os indivíduos gozassem de seus interesses com alguma segurança.

A constituição retira interesses caros (direitos individuais) da possibilidade de alteração política ordinária, e a democracia e a separação de poderes, com pesos e contrapesos, permitem competição intra-governamental, dificultando a possibilidade de que uma facção elimine outra por meio da violência ou insurreição. A proteção constitucional de direitos contém os impulsos de um grupo a querer subordinar outros por meio da política. Na luta pela dominação, os direitos funcionam como um seguro para os cidadãos.

Os grupos que chamamos de “elite” ou “classe dominante” estão longe de formar um todo unitário ou uniforme. Há *elites*, no plural – econômicas, políticas, judiciárias, religiosas etc. –, grupos influentes, com legitimidade e habilidade para organizar interesses na forma de organizações, e todas elas têm um interesse geral comum, miram um ponto ótimo de distribuição do poder: o equilíbrio que evita a violência – pois,

com violência, gera-se insegurança, instabilidade, os custos tendem a superar os benefícios, e todos tendem a perder. O Estado é, de certa forma, a guerra civil continuamente impedida (Habermas, 2008).

Pressupondo a sociedade como um jogo entre atores a princípio não-cooperantes (um jogo da caçada amplificado), as regras do jogo vão definir formas para a escolha de quem governa (democracia), formas de exercer a vingança (por meio dos tribunais), formas aceitáveis de enriquecimento (sem fraude ou violência) etc. As leis, portanto, desempenham um papel crítico nas escolhas e expectativas das pessoas, impõem custos à não conformidade (prisão, multa, indenização, restrição de direitos), e por meio delas o ser humano cria cultura. Conforme já visto, os homens são entidades que atribuem regras à realidade e a constituem como cultura (Weber, 2006).

Exércitos, forças policiais, tribunais e prisões estão o tempo todo aplicando a lei e dando incentivos para as pessoas cooperarem e agirem de acordo com a ordem.

Para ter o monopólio da violência, o Estado oferece incentivos para as elites cooperarem. As elites formam organizações que são sancionadas pela sociedade e, por meio delas, conquistam privilégios mediante acordos com o Estado. Esse é o mecanismo básico, conforme North, Wallis e Weingast (2009), para o controle da violência. O Estado se viabiliza e se torna a organização das organizações.

Sociedades politicamente organizadas são aquelas, portanto, que consolidaram o controle legítimo sobre a violência em uma única organização, o Estado. Mas não existe uma entidade unitária chamada Estado, o detentor, por excelência, do monopólio legítimo da violência. Esse monopólio é fruto de um acordo entre elites, de uma concessão. A

dominação é um acordo possível entre elites.

Outra preocupação desse acordo deve ser a gestão da população (Foucault). O Estado fundado na liberdade protege os indivíduos e as organizações privadas que produzem os bens de que a sociedade necessita, e busca atender às preferências dos não-proprietários (pobres) com transferências dos ricos (redistribuição).

O Estado, enquanto organização das organizações, e com o fim de controlar a violência dispersa na sociedade, distribui poder alocando privilégios – na forma de direitos e deveres na legislação –, e assim “faz política”. A estabilidade política e social é então mantida pelo Estado em favor de grupos variados com poder de pressão, colocando “panos quentes” nos conflitos. Como resultado, os mais pobres não têm motivos para apoiar propostas revolucionárias ou movimentos extremistas, se suas demandas são gradualmente atendidas (programas sociais, aumento do salário mínimo), assim como os grupos mais ricos não têm razão para se opor se seus privilégios são preservados (redução de tributos para grupos empresários, foro privilegiado para determinadas autoridades, multiplicidade de instâncias recursais nos tribunais etc.).

No embate democrático entre os grupos de pressão A1, A2 e A3 (elites) abaixo, em torno das propostas de lei  $x_1$ ,  $x_2$  e  $x_3$  (cada uma com certa alocação de cestas de direitos e deveres), há um vencedor de Condorcet ( $x_1$ ), proposta que logrou reunir maior convergência de interesses:

$$A1: x_1 > x_2 > x_3$$

$$A2: x_2 > x_3 > x_1$$

$$A3: x_1 > x_3 > x_2$$

Quanto mais livre de custos de transação for o processo de negociação, mais chances de as elites chegarem a acordos. A complexidade da carta constitucional, a quantidade de partidos políticos, a criação de comissões parlamentares, o controle da agenda legislativa, a quantidade de casas legislativas são todos fatores que reduzem ou elevam os custos de transação.

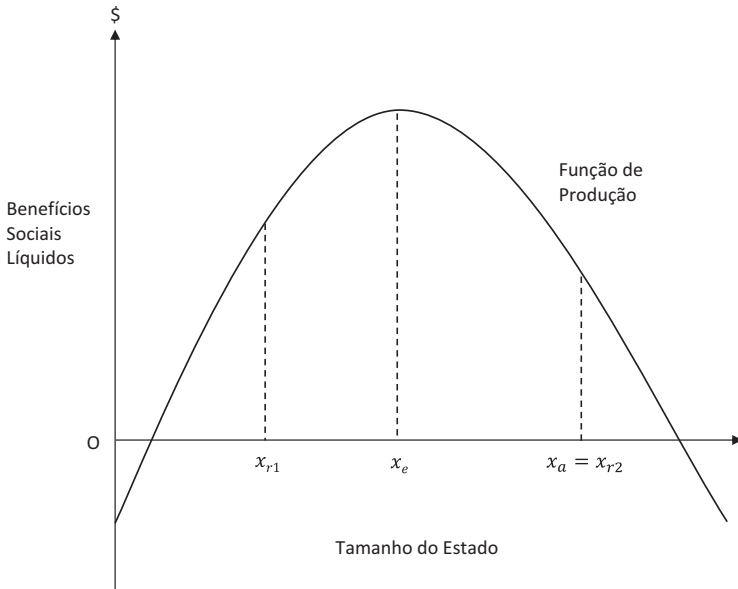
Outro ponto importante é que só há incentivos para a cooperação se a proteção aos direitos não é frágil ou errática. A ideia de contrato social comunica uma troca de direitos por cooperação: o governo civil concorda em proteger seus cidadãos uns dos outros e dos agentes públicos mal intencionados, em troca de apoio e obediência à lei, o que garantirá legitimidade ao arranjo. Há legitimidade enquanto há mútua percepção de ganho. Direitos são a pedra fundamental do contrato social, e quando os cidadãos percebem que eles valem o preço, são a fonte da legitimidade da autoridade política. Direitos são interesses e, por isso, barganhas (Holmes e Sunstein, 1999).

As classes dominantes conseguem se perpetuar se replicam esses interesses na forma de ideias coletivamente estáveis. O Estado precisa criar um ambiente social que permita a evolução de uma ordem complexa de cooperação espontânea e voluntária.

Coordenar as ações dos representantes e representados, principal missão do direito, é um desafio. É o que a economia chama de problema principal-agente (mandantes-mandatários, representados-representantes). A lei é uma forma ideal, um limite pretendido pelo segmento dominante e que a todo momento tentará ser burlado pelas partes em conflito, entre elas o próprio governo.

A lei vai apontar o limite eficiente, que tentará ser burlado na luta de interesses, como na Figura 26 (Cooter, 2000, p. 152).

**Figura 26 – Luta de interesses e tamanho do Estado**



Os benefícios sociais líquidos aumentam com o aumento do Estado (organizações, orçamento e regulação), até atingirem o seu máximo no ponto  $x_e$ , que é o tamanho mais eficiente do Estado. Além desse ponto, qualquer expansão custa mais do que o benefício trazido pelos bens públicos adicionais. Ao mesmo tempo, a expansão significa mais influência, mais poder de barganha, mais orçamento. Assim, os agentes públicos tendem a favorecer a expansão para além do ponto de alocação eficiente. Como são grupos menores e melhor organizados, tem mais força na defesa de seus interesses em relação à sociedade com interesses difusos e desorganizada (lei de Olson).



Muitos regulados preferem menos regulação, menos Estado, e pressionam pelo ponto  $x_{r1}$ . Os agentes públicos pressionam pelo ponto  $x_a$ , que muitas vezes será também do interesse de regulados ( $x_{r2}$ ) que querem fazer renda (mais subsídios, mais salário, mais benefícios previdenciários etc.). Essa luta de interesses favorece a expansão do Estado.

Em meio a essa luta de interesses e a uma legislação que se expande, com o Estado em situação de produtividade marginal negativa (ou seja, qualquer função adicional assumida provavelmente resulta em mais perdas do que ganhos), um oportunista, ou seja, um *free rider*, pode vir a fazer um cálculo individual de custo/benefício e concluir que é vantajoso quebrar o contrato social. Temos a inviabilidade do Estado se isso acontecer em larga escala, pois os custos de fazer valer a lei (punição) seriam imensuráveis. No Estado viável, os benefícios devem exceder os custos. Quanto de custo adicional as pessoas estão dispostas a aceitar antes de se tornarem *free riders* (criminosas)? É uma pergunta relevante. Os custos de manutenção de uma ordem são inversamente proporcionais à percepção de legitimidade pelas pessoas (North, 1981).

Se as leis e as competências das polícias não são claras, se os tribunais são morosos e seus julgados variam demais e não parecem tratar todos igualmente, e se não há vagas disponíveis nas prisões, as instituições passam a elevar o custo da informação, a gerar incerteza sobre a viabilidade da coordenação de comportamentos, e isso comunica sinais trocados para a sociedade, o que resulta em incentivos ruins e redução do preço para o desvio.

O governo precisa investir pesado na legitimação do arranjo institucional para superar o problema do *free rider*.

A forma como a sociedade organizada desenha e aplica o seu direito terá implicações culturais, pois produzirá efeitos sobre as crenças e expectativas compartilhadas, o que, em última instância, se traduzirá em mais ou menos violência.

### **3.4. Ponto focal**

A referência ou modelo para o comportamento aceitável que o acordo de dominação oferece é o que a literatura econômica chama de ponto focal. É o instrumento metodológico que permite trazer o mundo da cultura para a análise econômica do direito.

O ponto focal ajuda a pensar sobre a eficácia social da lei. As três crenças ou formas de dominação apontadas por Weber – lei, tradição e líder – funcionam como pontos focais e ajudam a influenciar comportamentos. O que um ponto focal faz é apontar de forma clara o equilíbrio de Nash em um jogo de múltiplo equilíbrio. Quando não existem outros pontos concorrentes num ambiente social, as pessoas usarão como referência a lei, a tradição (arcabouço cultural, experiência histórica, costume) ou uma autoridade.

Se eu marco um encontro com amigos em um café e ninguém menciona a hora, as pessoas tenderão a usar a hora usada no encontro anterior como referência. Ela é o ponto focal que soluciona o jogo. Se os condutores de veículos numa via pública não sabem a que velocidade podem trafegar, placas visíveis apontam o equilíbrio. Quando há um interesse geral na coordenação de comportamentos e interesses específicos conflitantes em como fazer isso, um ponto de referência que chama a atenção de todos os envolvidos ajuda a apontar a direção.

Quando surge um congestionamento de veículos em um pedaço de uma via pública em razão de algum desastre ou acidente, alguns vão tentar desviar pela direita, outros pela esquerda, outros vão tentar usar o acostamento. Se aparece um agente de trânsito para coordenar o fluxo, tudo se resolve. Ele é o ponto focal. Pode inclusive ser um agente informal, um motorista que sai de seu carro para coordenar o fluxo. Como há um interesse geral na coordenação, ele ganha legitimidade e todos os motoristas passam a obedecê-lo.

A norma jurídica (direito) oferece pontos focais para várias situações da vida, e mostra a direção que deve ser seguida. Concorre com o direito normas sociais (tradição), que também oferecem direções. Pode vir a concorrer com ambos uma autoridade carismática. A norma jurídica destituída de legitimidade muitas vezes pedirá por uma liderança política forte para fazer as pessoas obedecê-la.

**Direito + tradição + autoridade → oferta de pontos focais para  
coordenação de comportamentos**

O direito indica onde está a normalidade, comunica uma ideia de normalidade, de modo que a regra jurídica, transmutada em padrão, contribui para fazer aceitar como normais alguns comportamentos e desqualificar outros como anormais. Ao mesmo tempo o direito impõe subrepticamente uma imagem das relações sociais que cada um é implicitamente coagido a reproduzir, independentemente de qualquer noção de obrigação jurídica (Delmas-Marty, 2004). A sociedade torna-se então uma grande ideia moral construída, conforme Weber.

Complementando o esquema básico weberiano:

**Ordem I' → legitimidade → dominação → pontos focais (direito) →  
coordenação de ações → equilíbrio**

Com base nesse arcabouço teórico, podemos dar uma direção mais específica à análise do contrato social a partir da teoria dos jogos.

### **3.5. Contrato social como jogo**

O problema básico da ordem não é apenas fazer as pessoas cooperarem, mas, além disso, dado o interesse geral de todos na cooperação, fazer as pessoas coordenarem suas ações em direção ao equilíbrio desejado. A necessidade de coordenar o comportamento das pessoas é a base fundamental da moralidade (o que deve ser, o que é bom e o que é ruim). O que se busca, no final das contas, é um bom equilíbrio da vida em sociedade. É o uso da razão, calculando bem, que encontra a melhor forma de coordenar (moralidade = racionalidade, Capítulo 1).

A teoria dos jogos, especialmente para jogos não cooperativos, como o jogo da caçada de Rousseau, oferece uma estrutura geral e útil para a análise de incentivos racionais em sistemas sociais. A estrutura nos permite ver nossos adversários como jogadores igualmente racionais e analisar nossas decisões em conjunto com as deles numa mesma situação que leva em conta como as preferências e as informações de que as pessoas dispõem variam. O ambiente cultural pode afetar o comportamento racional esperado.

Jogos de coordenação com múltiplo equilíbrio são encontrados corriqueiramente na vida. Coordenação geralmente exige barganha entre pessoas racionais cujos interesses em parte convergem e em parte divergem. Nesses jogos, a espontaneidade pode levar a um equilíbrio inferior. Um equilíbrio melhor demanda organização e planejamento. Além

disso, os agentes podem discordar em relação ao melhor equilíbrio, dado que aqueles que precisam mudar precisarão enfrentar custos de transação.

Em tais jogos, qualquer coisa no ambiente social ou na história que leva os jogadores a focarem em um equilíbrio, o fazem criar expectativas em torno desse equilíbrio espontaneamente, e assim racionalmente eles jogam voltados para esse equilíbrio. Essa “coisa” no ambiente abre a porta da análise para fatores culturais e ambientais que influenciam racionalmente o comportamento. As preferências dos indivíduos são exógenas por definição (nascem fora da relação), mas podem ser influenciadas pela cultura – como ideias e crenças circulando localmente.

As instituições influenciam o modo como indivíduos formam crenças e opiniões sobre como as outras pessoas se comportam. Uma sociedade é mais do que a soma das ações dos seus indivíduos. Pelo fato de os indivíduos perseguirem interesses comuns e se relacionarem repetidamente, eles desenvolvem crenças compartilhadas sobre o comportamento dos outros e sobre as normas e regras vigentes na sociedade. As pessoas tendem a obedecer às regras, até mesmo a um custo considerável para elas mesmas, se acreditam que os outros também tendem a obedecer às regras. São expectativas auto-realizáveis. Se todos os veículos ao seu redor respeitam o limite de 60km/h, você tende a respeitá-lo, assim como o ignorará se muitos o ignoram, o que também influenciará o seu comportamento nas vias públicas no futuro, ajudando a formar novas expectativas auto-realizáveis. Mesmo que você seja um maximizador do próprio interesse, seu comportamento racional é influenciado pelo meio.

Na República de Platão vigora um conceito de justiça claro para todos: que cada um receba o que lhe é devido (Capítulo 1). Isso se

traduz em expectativa social compartilhada, que chama a atenção de todos para a solução dos jogos diários. Todos sabem quem pode exigir o direito e quem não pode, o que leva os cidadãos a jogarem racionalmente o equilíbrio desejado. Valores compartilhados, positivados em regras claras, são parâmetros ambientais (pontos focais) que chamam a atenção das pessoas para um de muitos equilíbrios possíveis.

Se a exigência é “injusta”, incoerente com a concepção de justiça compartilhada, cabe ao juiz apontar o equilíbrio, distribuindo eficientemente o direito, e resolver a disputa. Quanto menos desigualdade social, mais fácil a auto-coordenação social. Mais desigualdade social se traduz em mais interesses que não convergem e maior probabilidade de choques, o que dificulta a auto-coordenação social. Nesse caso, será preciso acionar uma autoridade aceita por ambos os lados, que se tornará o árbitro focal, o novo parâmetro de referência.

Isso é verdadeiro inclusive em jogos de cooperação, como o dilema do prisioneiro (item 3.5.1). O aspecto da interação frequente e suficientemente durável entre pessoas na mesma situação concreta revela-se importante. Se eu não uso transporte público nem caminho para o trabalho, tenho menos interação com quem precisa fazer isso, e tendo a ser menos compreensivo ou sensível a suas demandas. Mais igualdade tende a gerar mais cooperação social.

Uma sociedade bem-sucedida precisa ter direitos e deveres bem definidos e uma autoridade política com legitimidade para permitir aos seus membros identificarem o equilíbrio eficiente na maioria dos jogos que jogam rotineiramente. Regras pouco definidas, que pedem por interpretação, e líderes políticos sem legitimidade dificultam a identificação do melhor equilíbrio pelas pessoas.

O Estado de Direito se torna, assim, um problema de coordenação. O direito tem uma função básica de coordenação.

Mocan, Bielen e Marneffe (2018) se perguntaram por que o ato de comprar um produto roubado é menos aceitável na Dinamarca do que na Rússia. Por que a percepção sobre a gravidade do suborno varia tão drasticamente entre Ucrânia e Islândia? Enfim, por que as taxas de criminalidade variam tanto entre países desenvolvidos? Esses autores analisaram as respostas dadas por residentes de 25 países europeus em pesquisas feitas entre 2004 e 2011 para investigar se indicadores de qualidade das instituições judiciais (independência do Poder, imparcialidade dos juízes e proteção aos direitos de propriedade) tem impacto sobre a propensão dos cidadãos de cometerem um ato ilícito, de se engajarem em atividades desonestas e sobre a percepção do grau de aceitabilidade do comportamento desonesto.

O estudo encontrou que a qualidade do sistema judicial tem impacto sobre a propensão de as pessoas infringirem as leis em aspectos como fazer declarações falsas para o seguro, oferecer suborno a um agente público, reclamar um benefício governamental de que não têm direito, comprar algo que aparenta ter sido produto de roubo ou furto ou vender um produto usado tentando esconder seus defeitos. O estudo encontrou ainda que a baixa qualidade do sistema judicial faz com que as pessoas sejam mais toleráveis com comportamentos desonestos, o que evidencia que instituições ajudam a moldar crenças e valores na sociedade.

De outro lado, a qualidade das instituições judiciais produz efeito dissuasório sobre os atos criminosos. Os autores sugerem que a qualidade das instituições pode estar relacionada a atitudes gerais da

sociedade em relação a concepções de justiça, igualdade de oportunidades, importância da renda e do bem-estar social, e assim por diante.

Retomando o jogo da caçada proposto por Rousseau, podemos considerar o jogo da Figura 27, onde os jogadores 1 e 2 devem fazer simultaneamente escolhas independentes sobre abordar um ao outro de maneira amigável ou agressiva (criminosa). Essa adaptação do jogo de Rousseau foi proposta por Myerson (2009). Os *payoffs* podem ser pensados como unidades de satisfação hipotéticas (utilidade esperada).

**Figura 27 – Jogo da caçada (dois equilíbrios)**

	2 amigável	2 agressivo
1 amigável	50, 50	0, 40
1 agressivo	40, 0	20, 20

Se espera-se que o jogador 2 seja amistoso, então o jogador 1 pode maximizar sua recompensa sendo amigável também ( $50 > 40$ ). Mas se espera-se que o jogador 2 seja agressivo, então o jogador 1 pode maximizar sua recompensa sendo agressivo ( $20 > 0$ ). Da mesma forma, a melhor resposta do jogador 2 é ser amigável se o jogador 1 o for, mas a melhor resposta do 2 é ser agressivo se espera-se que 1 seja agressivo.

Por definição, um **equilíbrio de Nash** é uma previsão de uma estratégia viável para cada jogador de tal forma que a estratégia de cada jogador maximiza seu próprio retorno esperado (*payoff*), considerando o que os outros jogadores tendem a fazer. Nessa previsão, ninguém ganharia alterando unilateralmente a sua estratégia. Então, dado qualquer jogo, uma previsão de comportamento dos jogadores que não seja um equilíbrio de Nash não poderia ser comumente acreditada por todos os jogadores, porque se todos acreditassem em tal previsão de não-equilíbrio, então pelo menos



um jogador racionalmente preferiria escolher alguma outra estratégia, diferente de sua estratégia prevista. Ou seja, qualquer cenário que não seja um equilíbrio de Nash não poderia ser geralmente aceito como uma solução para o jogo. Essa observação é a justificativa básica para se usar o equilíbrio de Nash como um conceito geral de solução para jogos.

Contudo, um jogo pode ter mais do que um equilíbrio de Nash, o que torna a solução não tão óbvia. São chamados de jogos com múltiplo equilíbrio, os quais, num sistema social, demandarão muitas vezes uma coordenação em direção a um equilíbrio e não a outro.

No jogo, ambos os jogadores sendo amigáveis é um equilíbrio de Nash, gerando uma boa alocação de retorno esperada (50, 50). Mas ambos os jogadores sendo agressivos também é um equilíbrio de Nash, produzindo a esperada alocação de *payoff* (20,20), que é pior para ambos os jogadores.

Como os nomes das estratégias sugerem, os diferentes equilíbrios aqui podem ser interpretados como representando, em um modelo simples, diferentes tipos de relações interpessoais. Os jogadores aqui podem racionalmente ter um relacionamento amigável, assim como podem, também racionalmente, ter um relacionamento hostil, mesmo que isso os deixe em pior situação.

O grau de incerteza em relação ao comportamento do outro pode levar os jogadores a optarem, portanto, por uma estratégia *payoff-dominante* (50, 50) ou *risco-dominante* (20, 20). A estrutura de incentivos e expectativas vigente numa sociedade afeta o seu curso civilizacional, pois aumenta ou reduz o risco da opção pela violência.

Economistas algumas vezes sugerem que se um dos equilíbrios é um **equilíbrio de Pareto**, então o outro equilíbrio não deveria ser considerado como previsão de solução para o jogo. O equilíbrio de Pareto, como já visto, é a situação a que se chega quando não pode ser alterada para melhorar o ganho de um jogador sem que ao menos outro seja prejudicado. Isso quer dizer que resultados Pareto-ótimos ocorrem quando não há outro resultado preferido por ao menos um jogador que seja ao menos tão bom para os outros jogadores. Olhando-se para o grupo, é quando se diz que a situação “não poderia ficar melhor”. Assim, teríamos uma única predição para o jogo, o desejável (50, 50), que é o equilíbrio de Pareto, e que é a melhor solução para o grupo, e ela dominaria estrategicamente os outros. Nash é um equilíbrio Pareto-inferior. Mas Myerson (2009) alerta que tal limitação metodológica nos cegaria para a possibilidade de patologias sociais importantes quando as pessoas se concentram no equilíbrio ruim.

Se se pensar pela perspectiva do interesse ótimo do grupo, a melhor solução é a cooperação amistosa – obedecer a lei e gozar da liberdade numa sociedade de direitos (equilíbrio de Montesquieu). Oportuno olhar agora para a viabilidade da cooperação, antes de retomarmos o problema da coordenação. É do que trata o conhecido jogo do dilema do prisioneiro.

### **3.5.1. Jogo de cooperação**

O **dilema do prisioneiro** (DP) é um outro modelo de jogo; é um jogo de cooperação. O jogo da caçada (JC) é um jogo de coordenação. Defendemos que o problema básico do direito é de coordenação.

O DP nos permite perguntar se a cooperação pode surgir num mundo de pessoas egoístas sem uma autoridade central. No jogo, há dois

jogadores com duas opções: cooperar ou trair, sem saber o que o outro está fazendo. Não importa o que o outro faça, a traição oferece um *payoff* melhor do que a cooperação. O dilema é que, se ambos traírem, ambos se saem pior do que se tivessem cooperado.

Pareto é o equilíbrio em que ambos cooperam e, por consequência, recebem penas menores. Qualquer outra decisão seria pior para ambos se considerado o grupo. Todavia, podem optar por continuarem no seu próprio interesse egoísta, por força da desconfiança mútua, e cada um dos prisioneiros receberá uma pena mais dura.

A história de fundo é a seguinte. Um promotor de Justiça suspeita que duas pessoas cometeram um crime grave, mas só consegue provar o envolvimento de ambas num crime menor. Ambos são presos cautelarmente e separados, e o promotor oferece a cada um os mesmos incentivos para que confessem o crime mais grave: “Se você for o único a confessar, não ajuizarei qualquer ação penal”, o que representa o *payoff* de (0). “Se você for o único a não confessar, usarei a confissão do seu companheiro para processá-lo e pedir a pena máxima de 5 anos” (*payoff* -5). “Se nenhum dos dois confessar, serão processados pelo crime menor, cuja pena é de 1 ano” (*payoff* -1). Por fim, “se ambos confessarem, serão processados pelo crime grave, mas com uma pena intermediária, de 3 anos” (-3).

Assim, a tabela de *payoffs* é a seguinte:

**Figura 28 – Dilema do prisioneiro (um equilíbrio)**

	2 cooperação	2 traição
1 cooperação	-1, -1	-5, 0
1 traição	0, -5	-3, -3

A traição é a estratégia dominante. É melhor trair se o jogador 1 acha que o jogador 2 vai trair, e é igualmente melhor trair se o jogador 1 acha que o jogador 2 vai cooperar. Não importa o que o outro faça, trair é a melhor resposta racional que cada um pode dar à estratégia do outro. É a única solução do jogo. Esse é o equilíbrio de Nash – a mudança unilateral de estratégia piora a situação do jogador (se mudar para cooperação e o outro não mudar, leva 5 anos). Ambos se sairiam melhor se cooperassem (equilíbrio de Pareto), mas a desconfiança mútua impede esse resultado.

É possível obter cooperação, contudo, se o jogo for repetido indefinidamente entre os mesmos jogadores. Assim, a cooperação poderia teoricamente nascer no estado de natureza a partir de pequenos grupos de indivíduos se eles baseiam a cooperação na reciprocidade – estratégia “olho por olho”, em que um repete o que o outro fez no jogo anterior (Axelrod, 1981).

Em dois torneios de DP de Computador, em que vários estudiosos de teoria dos jogos de diferentes áreas (economia, psicologia, sociologia, ciência política e matemática) foram convidados para apresentarem estratégias que concorreriam entre si em jogos repetidos, a estratégia “olho por olho” (*tit for tat*) foi a vencedora. Ela se mostrou dominante e estável. Quando a cooperação baseada na reciprocidade se estabelece numa população, ela não consegue ser superada por outra estratégia. Quando a taxa de desconto dos jogadores é baixa (descontam pouco o futuro em relação ao presente; ou seja, estão dispostos a abrir mão de ganhos de curto prazo com a traição em favor de ganhos de longo prazo com a cooperação), “olho por olho” se torna uma estratégia coletivamente estável (Axelrod, 1981).

Durante a Primeira Guerra Mundial surgiram DPs reais, fenômeno conhecido como pacto de “viva e deixe viver” entre as tropas britânicas e alemãs, que floresceu por toda a linha de frente por pelo menos dois anos a partir de 1914. Desenvolveu-se como uma série de convenções locais em favor da vida e da cooperação, por meio das respostas dos soldados ao comportamento uns dos outros.

As preferências dos soldados foram moldadas por essa norma social. Se as regras são claras, se uma parte é responsiva à outra, se as intenções não são mascaradas, se as interações são frequentes e duráveis o suficiente, é possível obter cooperação na ausência de uma autoridade central.

Mas cooperação não é tudo. Um aspecto interessante que ajuda a perceber isso, a partir do experimento de Axelrod, é o preconceito. O preconceito explora um rótulo, alguma característica fixa e observável de um jogador, e faz com que estratégias sejam escolhidas em resposta ao rótulo.

Axelrod (1981) propõe o seguinte exercício: suponhamos uma sociedade de pessoas em que todos têm o rótulo azul ou verde, e que todos são amigáveis aos integrantes de seu grupo e hostis aos integrantes do outro grupo. Se os integrantes de ambos os grupos aplicarem a estratégia da reciprocidade (“olho por olho”) entre as pessoas do mesmo grupo e a estratégia de “sempre trair” nas interações com os integrantes do outro grupo, e considerando que os jogadores têm taxas de desconto baixas, então um único indivíduo, seja azul ou verde, não consegue se sair melhor a não ser seguindo o que todos estão fazendo: ser gentil com seus pares e hostil com os outros.

Isso significa que estereótipos podem se tornar estáveis, independentemente de a ideia que os tenha criado ter ou não qualquer fundamento empírico. Os azuis acreditam que os verdes são hostis, e sempre que se encontrarem com um, terão suas crenças confirmadas (dado o comportamento racional do outro). Os verdes acreditam que apenas os outros verdes responderão com cooperação, e terão suas crenças confirmadas (expectativas auto-realizáveis, por causa dos incentivos dados do ambiente).

Se você tentar quebrar o sistema, perceberá que seu *payoff* cai e suas esperanças serão frustradas. O desvio forçará a pessoa a retornar, cedo ou tarde, ao comportamento que é esperado dela, por causa do *payoff* desvantajoso. Todos na sociedade acabam se saindo pior do que se optassem por cooperar. Além do *payoff* pior pela falta de cooperação mútua, outro aspecto relevante para o qual Axelrod chama a atenção é que o grupo minoritário sofre mais. Não por acaso que minorias tendem a procurar isolamento defensivo.

Podemos supor que existam nessa sociedade 80 verdes e 20 azuis, e todos interagem com todos uma vez por semana. A maior parte das interações dos verdes é, obviamente, com pessoas de seu grupo e, assim, o resultado é cooperação mútua. A maior parte das interações dos azuis será com pessoas do outro grupo, e o resultado é traição mútua. Em razão disso, a pontuação média dos azuis (minoria) é menor do que a pontuação média dos verdes (maioria). É a dominação em movimento.

Ou seja, ideias que criam rótulos podem dar estabilidade ao preconceito e, como efeito colateral, fazer com que minorias sofram mais. Por isso que o direito precisa oferecer um ponto de coordenação para incentivar a sociedade a cooperar, como o inciso IV do art. 3º da

Constituição: o bem de todos deve ser promovido sem preconceito e sem discriminação.

Dado o direito, uma autoridade central precisa entrar para alterar os *payoffs* com coerção e legitimidade, e assim incentivar a mudança de comportamentos, para que a cooperação mútua, e não a traição, seja a estratégia dominante.

### **3.5.2. Jogo de coordenação**

O DP tem um equilíbrio (Figura 28). O JC (Figura 27) é interessante por causa do múltiplo equilíbrio com jogadores não cooperativos (dois equilíbrios de Nash). A solução do jogo é menos óbvia, portanto.

Suponhamos que o JC é jogado em um contexto onde, baseado em expectativas culturais e nas experiências de jogadores em situações semelhantes, o comportamento agressivo torna-se a expectativa normal. Então cada jogador deve responder racionalmente a essa expectativa, cumprindo-a ele mesmo. Nenhum jogador pode melhorar a situação por si mesmo. O equilíbrio agressivo é uma patologia social que deriva das expectativas mútuas um do outro. Para melhorar a situação dos indivíduos no jogo, exige-se uma mudança social, isto é, uma mudança das expectativas gerais da sociedade.

Myerson (2009) sugere imaginarmos duas ilhas diferentes, cada uma delas habitada por pessoas que são combinadas em pares para jogar esse jogo todos os dias. A cultura local é um fator focal que influencia o equilíbrio. Suponhamos que as pessoas na primeira ilha sejam culturalmente dispostas a se concentrar no bom equilíbrio, mas na segunda ilha os jogadores são culturalmente dispostos a se concentrar no equilíbrio

ruim. As duas ilhas têm os mesmos fundamentos econômicos, mas os resultados econômicos são piores na segunda ilha porque as expectativas culturais são diferentes. Todos os indivíduos em ambas as ilhas são igualmente racionais, mas um indivíduo na ilha pobre que tentasse consertar o problema, agindo como se ele estivesse na ilha rica, iria reduzir seu próprio ganho de 20 para 0 (Figura 27). Se quisermos resolver o problema da segunda ilha, precisaremos chamar a atenção de todos e, de alguma forma, fazer com que todos se concentrem no melhor equilíbrio.

Esse exercício hipotético é interessante pois poderíamos estendê-lo e pensar nas duas ilhas como sendo, de um lado, as favelas do Rio de Janeiro e, de outro, a Zona Sul da cidade.

As expectativas sociais patológicas somente poderiam ser alteradas por alguém que fosse visto e aceito como uma autoridade ou líder, e que pudesse identificar um equilíbrio melhor. A lei pode falhar no seu papel de coordenação se existe um outro fator focal concorrente no ambiente, um fator já conhecido de “como as coisas são resolvidas” (como um território dominado por uma facção criminosa). A lei só consegue competir e vencer o ponto focal tradicional com sanções efetivas (coerção) e legitimidade. Uma vez que determinado equilíbrio é atingido, e tal equilíbrio é a melhor resposta racional que cada um pode dar aos demais, as pessoas tendem a permanecer no equilíbrio, a não ser que uma força externa abale as coisas.

Em um jogo que tem muitos equilíbrios, normalmente há muito mais combinações de estratégias que não são um equilíbrio de Nash. Um candidato a reformador que queira melhorar o bem-estar social ao mudar o comportamento das pessoas em direção a um melhor equilíbrio deve ter o cuidado de identificar um plano social que de fato seja um



equilíbrio de Nash, para que ninguém possa lucrar se desviando unilateralmente do plano. Se um líder tentar mudar as expectativas das pessoas para algum plano que não seja um equilíbrio de Nash, então suas exortações para o comportamento de mudança seria prejudicado por desvios racionais. Mesmo quando o melhor equilíbrio é bem compreendido, ainda permanece um problema social não trivial de como mudar as expectativas de todos para o melhor equilíbrio. Tal mudança social coordenada requer alguma forma de liderança socialmente aceita e, portanto, pode depender de fatores que são essencialmente políticos (Myerson, 2009).

Esse poder de coordenação é o que Weber chama de legitimidade (item 3.2). É vital para uma sociedade manter um acordo geral sobre quem é a autoridade legítima em cada situação, quem dispõe dos meios e pode manusear as regras do jogo para coordenar os esforços para o melhor equilíbrio, e quão comprometida está essa autoridade com suas atribuições institucionais.

Legitimidade traz poder, e poder traz ordem (equilíbrio) pela dominação. O chefe de uma facção criminosa tem poder apenas pelo fato de todos terem a expectativa de que todos os outros obedecerão suas ordens. Talvez ele tenha obtido tal legitimidade por ser o melhor lutador na época em que a facção se formou. Tais expectativas podem perdurar no tempo mesmo que ele deixe de ser o melhor lutador. O poder permanece porque há interesse na obediência, e a figura do líder é o ponto focal que possibilita a coordenação e deixa o grupo mais forte (McAdams, 2017).

O jogo de coordenação está por trás da estabilidade das instituições e tradições e do próprio fenômeno da liderança. O direito precisa de legitimidade e liderança política para ter eficácia social. Sem

isso, é instrumento débil para coordenar comportamentos que se encontram em um equilíbrio patológico.

### **3.6. Direito como jogo**

Dissemos que as regras que ordenam a sociedade influenciam o modo como indivíduos formam crenças e opiniões sobre como as outras pessoas se comportam. Pelo fato de os indivíduos perseguirem interesses comuns e se relacionarem repetidamente, eles desenvolvem crenças compartilhadas sobre o comportamento dos outros e sobre as normas e regras vigentes na sociedade.

Tais regras, às quais já nos referimos como barganhas, podem ser vistas, elas mesmas, portanto, como jogos. O direito, visto como o conjunto das regras da vida social, é um jogo. Isso está nas entrelinhas de Montesquieu. O direito oferece pacotes de estratégias para cada jogador e para as várias situações da vida que são consideradas legais. As regras que tornam tais estratégias legais precisam ser exigidas e impostas se as melhores respostas de maximização de utilidade de qualquer jogador são sempre estratégias legais quando se espera que os demais jogadores também usem estratégias legais. Dentro do direito, os jogadores podem usar pacotes de estratégias legais, garantidos por uma autoridade que pode aplicar a força em caso de não conformidade. Uma vez que todos entendem que todos os demais estão restringidos a estratégias dentro dos pacotes legais, torna-se racional para cada jogador agir dentro do pacote, e assim o comportamento legal é racionalmente exigido e garantido pela autoridade.

Temos um problema se a resposta que melhor maximiza a utilidade de um jogador é ilegal quando se espera do outro agir legalmente. A sociedade precisa reagir de forma firme através das armas de defesa previstas no direito. Se isso não acontece, perde-se credibilidade e gera-se o

incentivo para a adoção de estratégias ilegais no futuro. Sem um fator focal, a estratégia dominante no jogo pode vir a prejudicar os jogadores envolvidos. É o caso do DP. É um jogo de cooperação que poderia ser jogado no estado de natureza hobbesiano, como visto.

**Figura 29 – Jogo com um equilíbrio ruim (DP)**

	2 amigável	2 agressivo
1 amigável	30, 30	0, 50
1 agressivo	50, 0	20, 20

Nesse novo jogo (Myerson, 2009), um jogador pode ganhar (+20) mudando sua estratégia de amigável para agressivo, o que faria com que o outro perdesse mais (-30). Jogado uma vez, temos um equilíbrio em que ambos são agressivos e a estratégia dominante é o equilíbrio de Nash com o *payoff* (20, 20). Por causa da distribuição de *payoffs*, há apenas uma solução para o jogo (ao contrário do jogo anterior – Figura 27). O equilíbrio obtido é a melhor resposta racional de cada um dos jogadores e, por isso, é teoricamente inevitável. É a única solução racional do jogo.

Eu sendo agressivo posso maximizar meu ganho (*payoff* 50) e minimizar minha perda (*payoff* 20). Eu sendo amigável posso minimizar meu ganho (30) e maximizar minha perda (0). Um desconfiando do outro, a estratégia dominante é ser agressivo. A partir desse equilíbrio, se o jogador 1 muda de agressivo para amigável unilateralmente, perde (-20). Se o jogador 2 faz o mesmo unilateralmente, também perde (-20).

Se o jogo é para ser jogado duas vezes, ou seja, ambos os jogadores vão se encontrar novamente, o jogador 1 pode oferecer um incentivo para o jogador 2 ser amigável no primeiro jogo, prometendo ser amigável no segundo jogo se ele for amigável no primeiro; caso contrário,

será agressivo. A promessa não é crível porque o jogador 1 não teria incentivo de cumprir a promessa no segundo jogo, porque seria o último jogo. Logo, o resultado nos dois jogos é o mesmo.

E se o segundo jogo for um jogo de coordenação, como o JC (Figura 27), que tem dois equilíbrios, um bom e um ruim? Como há dois equilíbrios de Nash no segundo jogo, duas soluções, a promessa torna-se crível. Na primeira situação não era crível, porque a promessa não levava a um equilíbrio de Nash. Na segunda leva por causa do múltiplo equilíbrio. Há incentivo para a coordenação. Ambos os jogadores saem de (20,20) com a possibilidade crível de (50,50).

O contrato social é um jogo de coordenação e oferece a saída do estado de natureza hobbesiano. Uma relação social que parece disfuncional no curto prazo pode ter uma função social positiva numa perspectiva de longo prazo. O bom equilíbrio aqui é sustentado por ameaças constantes de mudança para o equilíbrio ruim, que é precisamente o ponto de Montesquieu. Ou seja, a dissuasão, para funcionar, demanda coordenação.

Há frequentemente um problema de coordenação embutido em jogos repetidos de DP (McAdams, 2017).

Se a estratégia do outro não é entendida e reconhecida (ou seja, está fora do marco institucional compartilhado), a dissuasão não funciona. Se o outro pode jogar fora do marco institucional sem constrangimentos, a dissuasão não funciona. Isso também significa que as regras que formam esse marco institucional precisam ser claras e bem definidas. Por essa razão que, no direito penal, o desconhecimento da lei é

inescusável. Ambiguidade e vagueza, assim como jurisprudência vacilante, também operam contra.

Os tribunais podem fazer um desserviço mesmo diante de regras claras. Quando a lei diz que o prazo para o cumprimento de determinado ato é de 15 dias, o tribunal não pode dizer que é de 10 ou 20, mas pode dizer que o prazo não é fatal, que sua inobservância é mera irregularidade sem maiores consequências. É o tipo de interferência que gera expectativas em relação a outros dispositivos legais semelhantes, o que só colabora para aumentar o custo da informação e prejudicar a coordenação.

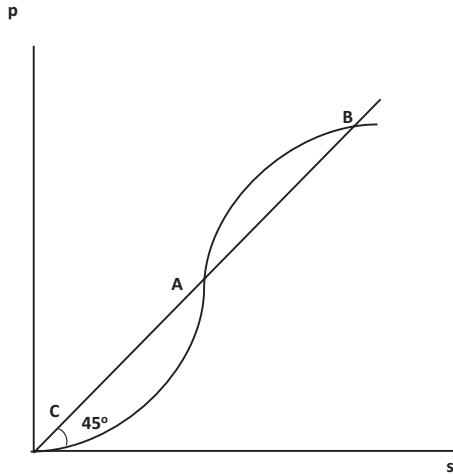
O DP pode ter um final feliz se ambos os jogadores são altruístas e maximizam a soma de *payoffs* de todos. Mas o altruísmo não resolve um problema de coordenação. A lei da delação premiada, por exemplo, é uma ajuda do Estado para que os dois jogadores terminem em melhor situação, mudando os *payoffs* e oferecendo incentivos para a cooperação, o que leva ao aumento da soma das utilidades e, assim, ao aumento do bem-estar social.

O direito que (1) permite a maximização da utilidade dos jogadores quando os outros também jogam no direito e (2) é garantido e aplicado por uma organização política forte e legítima é tudo de que uma sociedade precisa para ser estável e bem sucedida.

A Figura 30 trata de falha de coordenação. O agente político  $p$  toma decisões que geram incentivos para as decisões da sociedade  $s$ . O que o Estado produz de resultados depende do que a sociedade responde. Quando a política e a resposta esperada da sociedade se coordenam (pontos A e B), temos um equilíbrio. O grau de coordenação e sintonia

definirá se se atinge um equilíbrio melhor ou pior (A com menos resultados, B com mais resultados).

**Figura 30 – Curva padrão para falha de coordenação (múltiplo equilíbrio)**



Assim, territórios com alta taxa de criminalidade não apenas denunciam políticas públicas deficientes, mas também liderança política deficiente. Em outras palavras, déficit de dominação.

### **3.7. República das crenças**

O DP mostrou que a “mão invisível” do mercado que supostamente levaria indivíduos egoístas a resultados socialmente ótimos falha, e nos mostra que a lei é necessária. Mas o que exatamente faz a lei? Não é apenas tinta no papel? Como ela consegue mudar alguma coisa? Já respondemos: influenciando as crenças e expectativas dos indivíduos. Oportuno entrar mais fundo nesse ponto, o que sublinha a relevância da sociologia para a conversa entre direito e economia.

Basu (2018) reflete sobre a análise econômica do crime feita por Becker (1968), que mostra que se uma conduta é tornada crime pela lei, o que antes oferecia ao agente um *payoff* de  $B$  (explorando livremente a atividade), doravante passa a oferecer um *payoff* de  $B - pS$  (benefício menos probabilidade de ser pego e receber uma sanção penal  $S$ , seu custo). O Estado gera dissuasão ao encontrar um balanço ótimo entre as quantidades de  $p$  e  $S$ , para que  $B \leq pS$  e, assim, não haja incentivos para as pessoas se engajarem nessa conduta. Com a mudança dos *payoffs*, a função de utilidade do criminoso muda. Sua preferência passa a ser não cometer o crime, por causa da mudança na utilidade esperada.

Mas o *payoff* apenas muda porque existe um terceiro com boa reputação não diretamente envolvido no jogo: a polícia. Se a eficácia da polícia não é crível, nada muda, e a ação, agora ilegal, continuará a ser praticada. Portanto, se retirarmos esse terceiro elemento, o jogo em si não muda com a simples mudança da lei. Ora, se o jogo não muda exatamente, por que se obtém mudança de comportamento com a lei? A resposta de economistas como Basu e North, e que está em harmonia com a sociologia de Weber, é: por causa de uma *crença*.

A forma como a lei muda o comportamento humano é mudando as crenças das pessoas sobre o que outras pessoas podem ou não fazer. As pessoas buscarão um novo ponto ótimo de comportamento se esperam que as demais pessoas também mudem o comportamento com a nova lei (obediência por parte de seus pares e comprometimento por parte da polícia e dos tribunais). Por essa razão Basu considera que os ingredientes mais importantes de uma República são as crenças e expectativas das pessoas comuns. As crenças, e não a lei, mudam funções de utilidade.

Crenças e, completamos, coerção (Schauer, 2015). São os ingredientes para se obter legitimidade e dominação.

Mill talvez tenha sido o primeiro a enxergar esses dois elementos no “sentimento de justiça” que as pessoas em geral têm.

Ora, parece-me evidente que o desejo de punir uma pessoa que causou dano a certos indivíduos nasce espontaneamente de dois sentimentos, ambos naturais no mais alto grau, e que são ou parecem ser instintos: o impulso de autodefesa e o sentimento de simpatia (2000, p. 256).

Para Mill, o ser humano, com sua inteligência superior, é capaz de conceber entre ele próprio e a sociedade à qual pertence uma comunhão de interesses, em virtude da qual toda conduta que ameace a segurança da sociedade em geral ameaçará a sua própria segurança, e despertará o seu instinto de autodefesa.

Assim, a lei adquire eficácia social por causa da boa reputação do Estado (o que jogos repetidos ensinam) e por causa de um fator irracional ou sentimental (fundado em simpatia, hábito, altruísmo etc.). Ou seja, os indivíduos são motivados por mais do que apenas interesse próprio.

A economia comportamental, por exemplo, descobriu que as pessoas apresentam um comportamento que minimiza arrependimento (*regret cost*), além de maximizar *payoffs*. Se seus amigos fazem um bolão para jogar na loteria e lhe pedem uma contribuição para entrar também, ainda que a probabilidade de sucesso seja muito baixa, você se sente impelido a participar por causa do custo do arrependimento em caso de premiação.

A economia comportamental também descobriu que as pessoas minimizam necessidade de deliberação (*thinking cost*). Um dos conhecidos achados de Kahneman (2012) são os dois modos de pensar – o rápido e o devagar. A depender do contexto, algumas decisões são tomadas por meio



de cálculo e deliberação; ou seja, “devagar”, ao passo que outras são tomadas de forma automática, quase pré-programada, “rápida”, e não necessariamente maximizam utilidade. Estas últimas são geralmente a forma como decisões rotineiras são tomadas.

Há padrões observáveis de irracionalidade que afetam preferências e o comportamento, e ajudam a entender por que uma lei afeta preferências e valores. Preferências podem ser exógenas, conforme defendem os economistas, mas são maleáveis (Basu, 2018).

Se adicionarmos um terceiro jogador num DP hipotético, o policial, que precisa punir quem optar por uma certa estratégia  $x$  (que a lei qualifica como crime), terá um custo de vigilância e intervenção, que reduz seu *payoff* (vamos supor um *payoff* de 1), ao invés da estratégia de nada fazer (que oferece um *payoff* de 2). Contudo, o nada fazer pode lhe trazer um sentimento de culpa, um incômodo moral, que acaba reduzindo o seu *payoff* de 2 para 0, e assim o policial prefere agir.

Isso é análogo entre a escolha a que nos referimos no item 3.2, entre ir à igreja ou ir ao parque num domingo de manhã. Não ir gera um custo moral. É a ideia que dá significado ao que se faz, que justifica e explica a ação. Há uma ideia ou crença, uma força moral, por trás do comprometimento institucional do policial.

Espinosa fez certa vez uma pergunta importante: diante do advento de uma lei irracional, devemos ou não obedecê-la? Sua resposta foi esta: “Um homem conduzido pela Razão deve por vezes fazer por ordem da cidade o que sabe ser contrário à Razão. Este mal é largamente compensado pelo proveito que tira do estado civil. É próprio da Razão o escolher o menor entre dois males” (2000, p. 451).

A ideia do contrato social é uma grande ideia que se replica e repercute entre nós fortemente. Talvez a maioria de nós nem tenha consciência dela, mas a reproduz involuntariamente (o pensar “rápido” de Kahneman) por suas conseqüências. Diante do ressentimento ou da frustração, todos jogamos a estratégia minimax (dos males, o menor). Sair da perspectiva do ganho para a perspectiva da perda preserva a legitimidade de uma determinada ordem I’.

Mesmo que as pessoas não concordem com a lei, é possível se obter legitimidade se jogam o minimax (função de minimização – itens 2.1.1 e 2.6). Torna-se racional querer que a lei prevaleça contra nossos interesses imediatos. Obviamente que isso carrega um custo, que pode se tornar insustentável no longo prazo, até o ponto em que se torna alto demais para preservar a legitimidade da ordem I’ (com a perda de coerência com a ideia I e, portanto, perda de sentido, perda de razão de ser).

Para ilustrar isso, podemos usar um jogo proposto por Basu (2018, p. 163). É um jogo com três jogadores, chamado de *Interest Resentment Game*. O jogador 1 escolhe entre as linhas X e Y e o jogador 2 entre as colunas X e Y, e o jogador 3, o policial, escolhe entre N (nada fazer) e V (vigiar e aplicar a lei). Se escolher N, esta é a matriz de *payoffs*:

**Figura 31 – Interest Resentment Game (Jogador 3 - N)**

	2 X	2 Y
1 X	5, 5, 5	0, 1, 5
1 Y	1, 0, 5	1, 1, 5

Se o jogador 3 escolher V, a matriz de *payoffs* é:

**Figura 32 – Interest Resentment Game (Jogador 3 - V)**

	2 X	2 Y
1 X	0, 0, 4	0, 1, 4
1 Y	1, 0, 4	1, 1, 6

O jogo tem dois equilíbrios de Nash: (X, X, N) e (Y, Y, V). Sem lei, a sociedade se equilibra em (X, X, N), com todos ganhando 5. Suponhamos o advento de uma lei que torna X uma ação ilegal. Restam duas possibilidades ((Y, Y, N) e (Y, Y, V)), e se o jogador 3 tem boa reputação (coerção) e todos acreditam que todos respeitarão a lei, a solução do jogo é o segundo equilíbrio (Y, Y, V). Os jogadores 1 e 2 perdem bastante (de 5 para 1). Apenas o jogador 3 ganha.

A nova lei parece irracional ou imoral, pois a maioria perde, mas ainda assim é de seu interesse obedecê-la, apesar do ressentimento. O governo precisa investir na legitimidade do novo arranjo institucional e preservar o interesse na obediência; ou seja, manter a sedução da ordem, resguardar o sentido.

Foi assim que o Império brasileiro conseguiu manter a ordem no século XIX, mesmo diante de uma população escrava mais numerosa, ao contrário do que acontecera na ilha do Haiti, no final do século XVIII, cujo governo foi tomado pelos escravos. Concessões precisaram ser feitas no caminho. As sociedades não são apenas sistemas de coerção, mas também de troca de expectativas. A partir de 1850, a legislação imperial iniciou um processo de transformar alguns costumes em direito a favor dos escravos. O Estado imperial assegurou o fim do tráfico; reconheceu para os cativos o direito à família, proibindo as separações de casais e seus filhos; tornou direito a prática do pecúlio e o acesso à alforria; e proibiu o açoite. Essa legificação de costumes gerou consequências para a força moral dos

senhores de escravos e para a própria viabilidade da dominação escravista, agregando expectativas favoráveis.

O deputado mineiro Evaristo da Veiga, em 1832, colocou: “posto que muitos mulatos e negros livres eram eles mesmos donos de escravos, deveriam compartilhar os interesses dos brancos para impedir que se difundisse o ‘feroz haitianismo’” (*apud* Odon, 2013, p. 147). Ou seja, estariam eles, tanto quanto os brancos proprietários, suficientemente comprometidos com o sistema escravista para não desejarem sua desestabilização.

A lei é um instrumento que dá saliência a um dado equilíbrio e a determinados tipos de comportamento. Uma vez publicada a lei e ganhando eficácia social, com todos – cidadão, polícia e juízes – fazendo exatamente o que devem fazer, suas ações constituirão um equilíbrio de Nash, e tal equilíbrio poderá ser mantido mesmo sem a lei.

Se todos acreditam que todos obedecem a lei, e a vida concreta assim evidencia, então a crença de todos é confirmada.

Leis falham ou “não pegam” quando tentam guiar a sociedade para um ponto de não-equilíbrio. A lei não cria um equilíbrio, ela aponta um equilíbrio pré-existente e coordena os comportamentos em sua direção, como nas Figuras 31 e 32. Ou seja, o fundamento da lei é racional, ela foca um equilíbrio de Nash disponível (apesar de sua eficácia social contar com a ajuda de fatores irracionais das pessoas).

Se a lei aponta o equilíbrio e o comportamento aceitável, e se alguém calcular que pode aumentar seu *payoff* se comportando de outra forma, então não existe um equilíbrio de Nash. Ou seja, todos precisam ser

tratados igualmente e ninguém pode fazer renda com a lei. O Paradoxo de Condorcet é um óbice nesse sentido.

Por exemplo, podemos citar uma lei que dá direito a desconto no ingresso do cinema para estudantes, segmento social sem renda e em desenvolvimento cultural, e, ao mesmo tempo, dá o mesmo direito a idosos e professores. O equilíbrio em que todos têm um custo baixo para ir ao cinema nunca é alcançado.

Leis também falham quando não são claras. Ambiguidade, obscuridade e contradição ferem a coordenação. Leis e jurisprudência precisam apontar para um mesmo equilíbrio, um mesmo rumo. O ponto focal precisa ser inteligível para todos os diferentes grupos sociais.

Vimos que o Estado precisa, na busca do melhor equilíbrio, com o fim de fazer justiça, administrar expectativas sociais, ter boa reputação (coerção), e, assim, gerar legitimidade, para que parcela significativa da população tenha interesse na obediência às leis. Sem isso, o Estado de Direito se torna inviável. Agora é o momento de olharmos mais a fundo para os direitos e para os pontos ideais de equilíbrio que podem ser usados como referência normativa pelos agentes públicos.

## Capítulo 4

### Justiça e Equilíbrio

#### 4.1. O que é um direito?

Direito é um bem público cuja alocação ou distribuição realiza um objetivo político básico: liberdade. Ou seja, um bem não-exclusivo, não-rival, indivisível. O fato de eu ter um direito não subtrai o mesmo direito de outra pessoa ao mesmo tempo. Todos nós temos de ser capazes de, em tese, usufruir esse mesmo direito, ao mesmo tempo e da mesma maneira. Mas nada impede que um direito entre em conflito com outro direito. Além disso, os direitos estão sujeitos à lei da escassez. Ou seja, nem todos os objetivos e necessidades da sociedade podem ser atingidos ao mesmo tempo. Escolhas e decisões distributivas são necessárias.

Por exemplo, o direito à moradia está na Constituição (art. 6º, *caput*). Posso dizer que tenho direito a ter um lugar para morar. Se isso automaticamente significa que eu terei uma casa sempre que precisar, então tem de haver outra pessoa com o dever de me fornecer a casa. Mas e se cada um na sociedade só tem uma casa? Nesse caso o meu direito anularia o direito de outra pessoa. O que para mim é um direito se transformou em perda do direito para outrem. Se direito é um bem público, isso ofende o princípio básico da não-contradição. Nas palavras milenares de Aristóteles: “É impossível para o mesmo atributo ao mesmo tempo pertencer e não pertencer à mesma coisa e na mesma relação” (2006, p. 109).

Para evitar a contradição, os direitos devem ser vistos como bens em jogos de soma não-zero. Um jogo de soma zero é aquele em que se uma pessoa ganha a outra necessariamente perde. No estado de natureza de Hobbes, anterior à fundação do governo civil, as pessoas estavam diante de jogos de soma zero diariamente, em que, numa “guerra de todos contra todos”, cada um podia perder sua propriedade para outrem, ou a própria vida. O contrato social que funda o Estado vem como uma solução, fundada numa estratégia minimax, que busca resolver o problema: para minimizar o risco do pior resultado, abrimos mão da liberdade para termos mais liberdade.

O Estado de Direito foi concebido para gerar somas positivas, para trazer ganhos para ambos os lados. Em outras palavras, o direito à moradia significa o direito que todo e qualquer indivíduo tem de oferecer ou de adquirir um imóvel residencial, nos termos que ambos os lados acordarem. Eu tenho o direito de comprar se houver alguém disposto a vender, e esta pessoa tem o direito de vender, e ambos podem assim exercitar esse mesmo “direito à moradia” sem que um seja subtraído da moradia, sem que um fique em pior situação. Um lado compra a casa que quer e o outro lado usa o dinheiro da venda para comprar a casa que quer. Ambos ganham. Isso é liberdade.

O mesmo se aplica ao direito ao trabalho (vender e comprar mão-de-obra), saúde, educação etc. A função básica do Estado é criar um ambiente saudável em que a demanda possa encontrar a sua oferta, sem fraude, coação ou violência, e que o grupo social ganhe com isso. Se não houver uma pessoa para oferecer o bem, ou se uma pessoa não tiver condições de adquirir o bem, o Estado precisa intervir e redistribuir riqueza se for melhor para o grupo social. Isso significa que um direito nada mais é

do que um objetivo político individuado. É o Estado realizando metas políticas, buscando progresso social, permitindo que todos melhorem suas posições na vida. Em uma frase, é o Estado maximizando utilidade.

Direito à liberdade de culto significa que cada um de nós pode exercer nossa liberdade em termos de religião sem ao mesmo tempo negarmos esse mesmo direito a terceiros. Isso logicamente significa que eu não tenho o direito de me afiliar e impor a uma organização religiosa práticas contrárias às suas crenças. Ao mesmo tempo tenho o direito de criar o meu próprio culto. Da mesma forma, a liberdade de associação significa que posso me associar a qualquer outro indivíduo ou grupo de indivíduos, mas desde que eles estejam dispostos a se associar a mim. Sem coação, sem violência. Exercer esse direito não impede que outros façam exatamente o mesmo.

São liberdades públicas, e criar barreiras gera ineficiência (desperdício de recursos sociais). Se supusermos que inteligência e capacidade seguem uma distribuição normal entre os membros da sociedade, se alguns grupos sociais são impedidos de assumir funções que requerem habilidade e inteligência, parte da capacidade intelectual dessa sociedade estará sendo desperdiçada. Isso ocorre, por exemplo, em sociedades racistas que dificultam que negros tenham acesso à escolaridade e a profissões de alto nível técnico. Os talentosos que nasceram negros não poderão dar sua contribuição à sociedade, o mesmo acontecendo com mulheres ou indivíduos de classes ou castas consideradas inferiores, em sociedades que dificultam ou bloqueiam a ascensão de tais grupos.

Essas liberdades podem incomodar muitas pessoas, que defendem outras crenças e visões de mundo, mas faz parte da vida em sociedade e precisamos conviver com essa matriz de liberdades públicas.



O meu direito à liberdade de expressão inclui, por decorrência lógica, o risco de ofender alguém, mas ele não pode ser anulado por causa desse efeito colateral. Faz parte da convivência das liberdades públicas, que obviamente envolve riscos e eventuais choques. Cabe ao Estado gerir esses riscos. Por meio da legislação, o Estado deixa claro quais riscos são permitidos e quais são proibidos, e pune aqueles que gerarem riscos proibidos (como dirigir após beber) e danos a terceiros (externalidades).

#### **4.2. Coase e os *trade-offs***

Ronald Coase (2014), certa vez, expôs um problema que demandava uma solução aparentemente simples, sobre vizinhos numa área rural. Você cria gado em suas terras ao custo de destruir parte da plantação em terras vizinhas. É inevitável que algum gado escape, o que significa que um aumento na oferta de carne só pode ser obtido com uma redução na oferta de vegetais. A escolha é simples: carne ou vegetais. Se isso se torna um litígio judicial, há uma resposta se conhecemos o valor do que é obtido e o valor do que é sacrificado para obtê-lo.

Se uma fábrica precisa poluir um rio para produzir, e o efeito dessa poluição é que ela mata os peixes, a pergunta importante é: o custo da perda dos peixes é maior ou menor do que o valor do produto que a poluição torna possível? Exige-se uma análise marginal.

O custo de exercício de um direito (como o uso de um fator de produção) é sempre a perda sofrida em algum outro lugar ou por alguém em consequência desse exercício de direito. Cabe ao Estado se perguntar quando deve intervir para balancear as coisas.

Se o valor do produto da fábrica é maior do que a perda dos peixes e o juiz decide pelo fechamento da fábrica ou por uma multa

ambiental pesada, o que ele está fazendo, em outras palavras, é empobrecer a sociedade.

Para Coase, o problema econômico básico é como maximizar o valor da produção.

O raciocínio não muda se substituirmos os peixes por vidas humanas. Por exemplo, seria justo proibir que uma mãe pobre, moradora de rua, com três filhos e viciada em drogas, grávida do quarto, aborte? Dada a situação de vulnerabilidade social em que os futuros filhos dessa mãe se encontrariam, deveria ser considerada a probabilidade de virem a se envolver com o crime ou fazerem uso dos recursos da seguridade social (bolsa família, seguro-desemprego, benefícios de prestação continuada, pensão etc.), o que significaria aumentar a exposição da sociedade à violência e/ou a retirar recursos públicos de outrem (já que o orçamento é escasso). De outro lado, essas vidas poderiam vir a contribuir com mais produto, mais poupança e mais conhecimento para a sociedade. O custo marginal (cada vida a mais) tende a ser maior ou menor do que o benefício marginal para a sociedade?

Qual decisão maximiza o valor do orçamento?

Da mesma forma que a decisão anterior, o legislador que decide bloquear a possibilidade de aborto pode estar, em outras palavras, empobrecendo a sociedade. Mas a resposta jurídica não é tão simples. Aqui, o legislador pode alegar que a dignidade da vida humana é bem maior e imensurável, o que autoriza esse empobrecimento. É um *trade-off*. Essa ideia muda o preço da vida.

A sociedade ideal para Coase, portanto, seria aquela em que as ações executadas seriam apenas aquelas em que o que se ganha vale mais

do que o que se perde. Quanto menos o Estado intervir, mais as pessoas chegarão a resultados ótimos, atribuindo livremente valor às coisas. O Teorema de Coase assevera que as pessoas barganharão até chegarem a uma alocação eficiente de direitos desde que custos de transação (tributos, multas, burocracia etc.) não impeçam o processo.

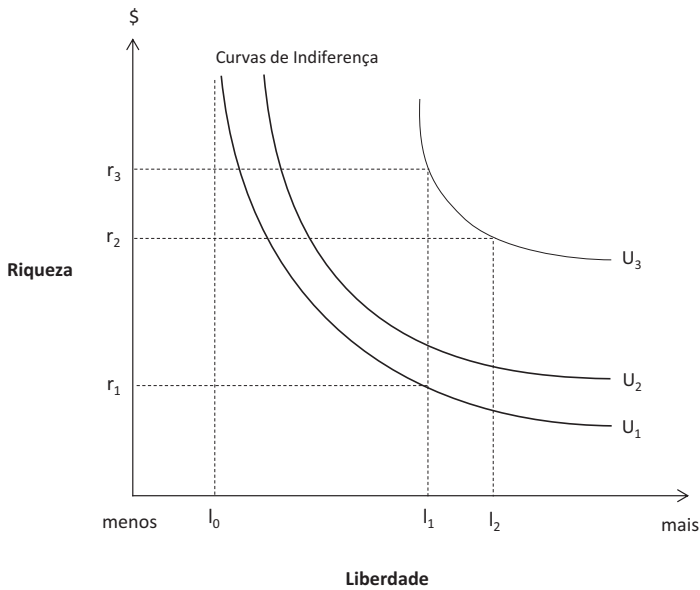
Mas o fato é que o Estado não é um maximizador de riqueza. Ele vai criar constrangimentos para poder realizar outros valores.

### **4.3. Direitos ótimos**

Os filósofos se preocupam com o que as coisas realmente são e os economistas com o que valem. Quando um direito é ofendido, o Estado, por meio dos tribunais, (1) atribui um preço e define uma indenização (material e/ou moral ao ofendido) ou uma multa administrativa ou uma multa penal, ou (2) suspende o gozo do direito de ir e vir (prisão) ou de livre iniciativa (serviço comunitário) de alguém, os quais têm um preço para a sociedade (custeio do condenado), ou (3) aumenta o escopo de um direito reduzindo o escopo de outro, mandando fazer ou desfazer algo, o que significa colocar os direitos numa balança e avaliar o custo de oportunidade de um em relação ao outro (por exemplo, direito de produzir versus direito a um meio ambiente sem poluição, no caso de externalidades advindas do funcionamento de uma fábrica; direito à informação da sociedade versus direito à privacidade do indivíduo, no caso de exposição midiática etc.), o que também significa, em outras palavras, atribuir valor a eles.

Podemos pensar essas questões em termos de extensão de um direito (mais ou menos liberdade de produzir, de ir e vir, mais ou menos liberdade de expressão etc.) e do preço dele para as pessoas, conforme a Figura 33 (Cooter, 2000, p. 247).

Figura 33 – Liberdade



O valor é retratado pelo declive de curvas de indiferença de indivíduos, e a Figura mostra a proporção em que um indivíduo troca um produto por outro. Tudo o mais constante, a curva de indiferença é uma curva de utilidade, que representa no curso de sua linha a proporção com que a pessoa troca riqueza por liberdade enquanto permanece indiferente. Por exemplo, o ponto  $(l_1, r_3)$  está sobre a mesma curva de indiferença que o ponto  $(l_2, r_2)$ , então a pessoa trocará  $r_3 - r_2$  em riqueza por um aumento de liberdade de  $l_1$  para  $l_2$ .

Ou seja,  $r_3 - r_2$  é o preço que a pessoa está disposta a pagar para aumentar sua liberdade de ir e vir na rua, por exemplo (mais segurança), se for esse o caso. Por hipótese, aceitar o preço subsidiado pelo governo para financiamento de um imóvel em uma vizinhança menos violenta. Da mesma forma, considerando as preferências dessa pessoa, um

aumento de riqueza de  $r_2$  para  $r_3$  compensaria para ela uma perda de liberdade de  $l_2$  para  $l_1$ . Ou seja, ela se sentiria compensada nesse valor ao optar por não se beneficiar de um programa do governo em que famílias são sorteadas e ganham vouchers para se mudarem para vizinhanças menos violentas, e, ao invés, prefere vender seu título a um terceiro (no valor  $r_3 - r_2$ ).

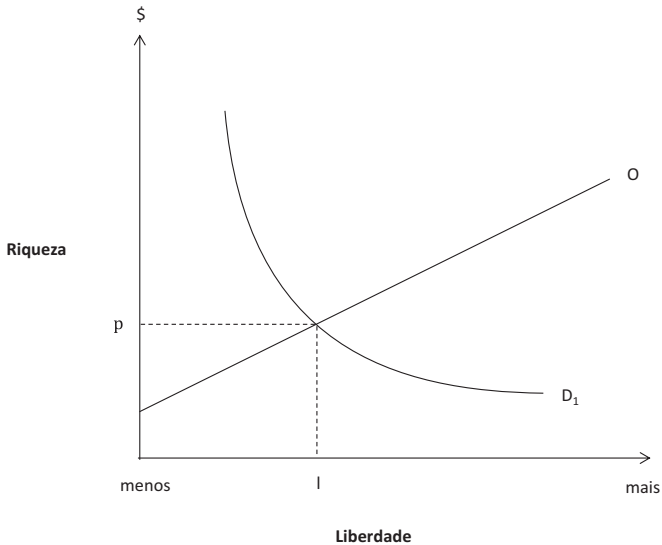
A pessoa estará disposta a pagar mais pela liberdade do que indicado na curva  $U_1$  se ela tivesse condições de pagar mais (se mudar para uma vizinhança melhor do que a primeira alternativa). Mais riqueza poderia aumentar sua utilidade de  $U_1$  para  $U_2$ , por exemplo. Comparada à  $U_1$ , a curva  $U_2$  indica o preço que a pessoa estaria disposta a pagar pela liberdade após um aumento de riqueza.

Como visto, a liberdade tem um preço para cada um, assim como um custo. Primeiro, proteger liberdades exige recursos, como gastos em polícia e tribunais. Segundo, aumentar liberdades pode sacrificar outras liberdades concorrentes (custo de oportunidade). Por exemplo, mais liberdade dada pelo município para as pessoas construírem suas casas pode levar à construção de casas altas que venham a reduzir a luz solar dos vizinhos.

Sendo a curva de utilidade uma curva de demanda, podemos traçar uma curva de oferta que incorpore esses custos (Figura 34). A curva de oferta  $O$  sobe, o que significa que o custo de mais liberdade aumenta enquanto a extensão da liberdade aumenta. A curva de demanda  $D_1$  inclina para baixo, o que significa que a disponibilidade de pagar por mais liberdade diminui na medida em que sua extensão aumenta (curvas de demanda são negativamente inclinadas porque os consumidores estão

dispostos a comprar mais a um menor preço e a pagar menos se a quantidade aumenta) (Cooter, 2000, p. 249).

**Figura 34 – Preço e custo da liberdade**



A análise de custo-benefício mede valor por preço e custo. Aplicando uma análise padrão de custo-benefício (ou seja, colocando a razão instrumental em movimento), o ponto ótimo ocorre quando a oferta se iguala à demanda, o que se dá quando a quantidade de liberdade é  $l$  e o preço da liberdade é  $p$ .

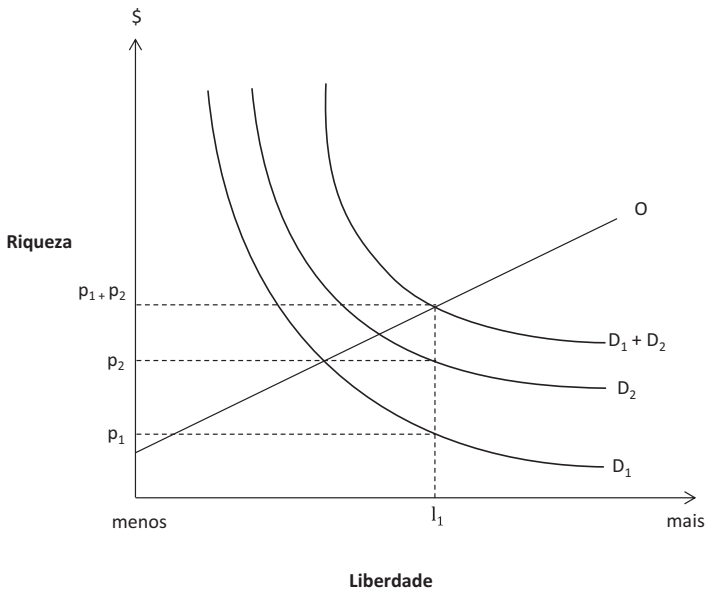
Se o Parlamento ou o tribunal aplicarem esse método para decidirem o grau de liberdade a ser dada aos cidadãos pela lei (por exemplo, mais liberdade para construir suas casas ou mais liberdade para negociações trabalhistas), encontrariam a quantidade ótima de liberdade comparando a demanda por ela e o custo do aumento de sua oferta

(aumento de demandas judiciais envolvendo conflitos entre vizinhos ou entre patrões e empregados).

Agora podemos adicionar outro complicador à análise (Figura 35). Direitos são bens públicos e a extensão da liberdade é potencialmente igual para todos (item 4.1). Mais liberdade na lei para mim significa ao mesmo tempo mais liberdade para todos. O aumento do policiamento numa vizinhança oferece ganho de liberdade de ir e vir geral a todos os seus moradores.

Imaginando uma cidade com duas pessoas, uma pobre (com utilidade  $D_1$ ) e uma rica (com utilidade  $D_2$ ), se a lei fornece uma quantidade de liberdade  $l_1$ , ela vale  $p_1$  para o pobre e  $p_2$  para o rico. O valor agregado do direito  $l_1$  é igual a  $p_1 + p_2$ . O valor da liberdade medido pela análise de custo-benefício se iguala à soma do que as duas pessoas pagarão por ela. A curva  $D_1 + D_2$  indica a demanda agregada por liberdade. A liberdade ótima corresponde ao ponto  $l_1$ , onde a demanda agregada se intersecciona com a curva de custo  $O$  (Cooter, 2000, p. 250).

Figura 35 – Liberdade como bem público



Se o Parlamento ou o tribunal aplicarem esse método para decidirem o grau de liberdade a ser dada aos cidadãos pela lei (por exemplo, mais polícia), encontrariam a quantidade ótima de liberdade comparando a demanda agregada da sociedade e o custo do aumento de sua oferta pelo Estado (pagamento de salários, mais viaturas, armamento etc.).

A demanda agregada pela liberdade é obtida somando-se verticalmente, o que significa que todo mundo recebe a mesma quantidade do bem e pessoas diferentes o valoram diferentemente. Essa é a característica marcante dos bens públicos, como policiamento ostensivo, segurança militar, rios despoluídos etc. A demanda por bens privados, como comida e roupas, é o agregado de somas de curvas de demandas



individuais feitas horizontalmente, pois no livre mercado todos pagam o mesmo preço e pessoas diferentes compram quantidades diferentes.

O constrangimento orçamentário pode inviabilizar a oferta do bem de forma adequada para todos. Bens públicos custam mais que bens privados (basta comparar as Figuras 34 e 35). O Estado só consegue oferecer a liberdade até um ponto (o ponto ótimo, com um número  $x$  de policiais e viaturas). Uma maior demanda da polícia pelo pobre congestionava o serviço para o rico. Mas o rico não pode pleitear no Judiciário uma redução de tributos, pois isso deixaria o pobre em pior situação (com a queda da qualidade do bem público). O mais rico, que quer e pode pagar, pode ir ao mercado e contratar segurança privada, e, assim, compra mais liberdade. Pessoas mais ricas pagarão mais por liberdade do que pessoas mais pobres. A demanda por liberdade cresce com a riqueza.

Oferecendo um mercado livre e reduzindo obstáculos (custos de transação) para que as pessoas possam acumular riqueza, o Estado reduz o seu custo na oferta de direitos (canaliza a polícia para os bairros mais pobres sem a pressão política do rico, desde que este possa barganhar algo em troca no jogo democrático).

Assim, o Parlamento pode criar uma lei possibilitando que gastos com segurança privada sejam deduzidos do imposto sobre a renda. Coase provavelmente concordaria.

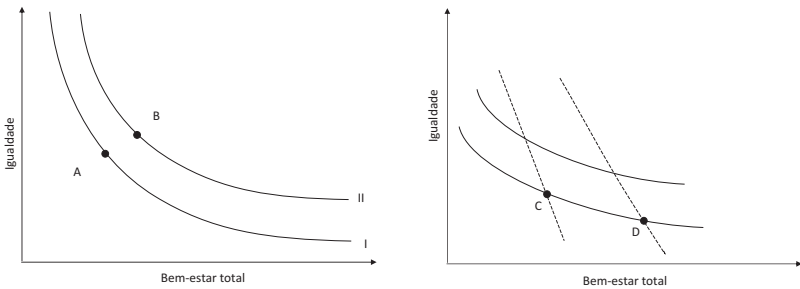
#### **4.4. Rawls**

John Rawls propõe uma teoria de justiça como equidade e começa criticando o que chama de intuicionismo. É a postura habitual de não se estabelecer critérios para a seleção entre bens públicos ou princípios concorrentes de justiça, de não se definir uma regra de preferência (uma

função de utilidade), e tudo se torna demanda moral legítima. Para Dworkin, é quando o agente público opera sem uma teoria política de justiça.

Para ilustrar o ponto, Rawls propõe os gráficos abaixo (2002, p. 40).

**Figura 36 – Igualdade x bem-estar total (intuicionismo)**



No primeiro gráfico da Figura 36, as curvas de indiferença I e II são formadas ligando pontos considerados igualmente justos. A inclinação em qualquer ponto das curvas expressa os pesos relativos da igualdade e do bem-estar total na combinação representada pelos pontos A e B. Percorrendo a curva I, a diminuição da igualdade exige um aumento cada vez maior da soma das utilidades para compensar. O ponto B é melhor do que o ponto A.

No segundo gráfico da Figura 36, suponhamos que as duas linhas contínuas representam as preferências de um juiz que atribui um peso relativamente grande à igualdade, enquanto as linhas tracejadas representam as preferências de outro juiz que atribui peso relativamente grande ao bem-estar total. Assim, enquanto o primeiro juiz classifica D como igual a C (pontos dentro da mesma curva de indiferença), o segundo

juiz julga D superior. Quem está certo? Uma postura intuicionista não oferece um critério ético para selecionar entre um equilíbrio e outro.

Rawls, para pensar a justiça, propõe uma situação hipotética (“posição original”) e dela deriva dois princípios gerais de justiça, dois critérios éticos. Nessa posição – uma espécie de estado de natureza que antecede a celebração de um contrato social –, as pessoas se encontram sob um “véu da ignorância”, por desconhecerem seus talentos naturais e as posições sociais que assumirão na sociedade. Esse recurso metodológico garante igualdade substantiva e elimina a assimetria social para a tomada de decisão.

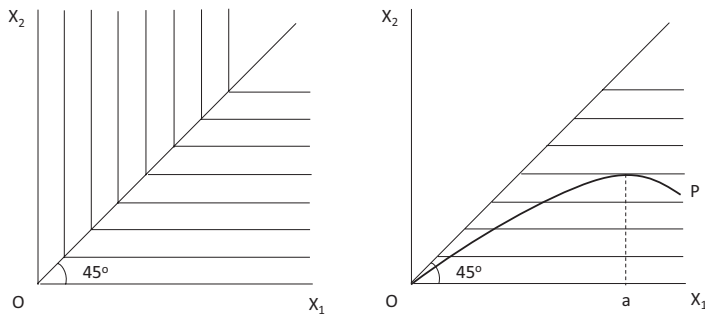
Posto o quadro, Rawls acredita que indivíduos racionais tenderiam a fazer uma escolha, ponderando custos e benefícios, em que buscariam maximizar o ganho mínimo, já que desconhecem suas posições sociais e suas capacidades naturais e, portanto, iriam desejar proteção e possibilidade de ganho a partir do pior resultado. As cláusulas fundadoras do contrato social seriam os seguintes dois princípios de justiça, norteadores da nova sociedade: (1) a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos; e (2) a desigualdade econômica e social apenas se resultar em benefícios compensatórios para cada um e, particularmente, para os menos favorecidos.

Em resumo, parte-se da premissa de que a capacidade natural e o ponto de início na vida são fatores arbitrários e contingentes, do que se segue que é injusto que algumas pessoas, devido a diferenças na alocação natural desses fatores, gozem de um nível de bem-estar inferior a outras pessoas. Platão (1996) e Burke (2012) certamente discordariam. Assim, em toda sociedade, a solução justa seria redistribuir o montante de recursos

sociais disponíveis para que todos possam gozar das mesmas oportunidades na vida.

Pressupondo uma sociedade simples, com duas pessoas, o princípio 2, chamado de princípio da diferença, estabelece que se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas, deve-se preferir uma distribuição igual. Essa igualdade está representada no primeiro gráfico da Figura 37. As curvas de indiferença são retas verticais e horizontais que se interseccionam em ângulos retos na altura da linha de distribuição com inclinação de  $45^\circ$  (Rawls, 2002, p. 80).

**Figura 37 – Princípio da diferença**



Se  $X_1$  e  $X_2$  fossem bens, o fato de serem retas assim significa que os bens são fortemente complementares (como gasolina e automóvel). Sendo pessoas, indica que elas são complementares. Ou seja, não importa o quanto a situação de cada pessoa seja melhorada; não pode haver ganho algum a não ser que o outro também ganhe. É o ideal da cooperação social em Rawls.

Para o raciocínio, Rawls pressupõe uma comparação cardinal e interpessoal de utilidade, o que não é problemático na sua teoria uma vez que trata de bens primários, como as liberdades básicas (direito de ir e vir,

de associação, de expressão etc.), oportunidades e riqueza, os quais, em tese, são desejados e preferidos por todos. O “véu da ignorância” é um recurso que uniformiza as preferências, já que ninguém conhece a si mesmo. Sem posição social definida, são todos partes desinteressadas. A quantidade disponível a todos é compatível com sua posição social, pressupondo o funcionamento adequado da sociedade com base nos dois princípios de justiça, o que tira a importância de perguntas sobre o grau da satisfação das pessoas.

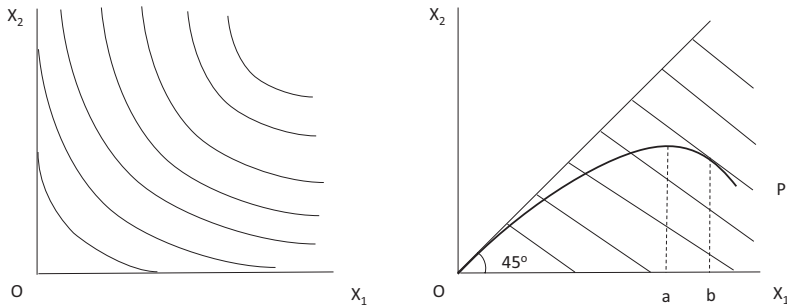
No segundo gráfico da Figura 37, se as expectativas da pessoa mais favorecida ( $X_1$ ) aumentam, as da pessoa menos favorecida ( $X_2$ ) também aumentam (curva OP). É uma curva de distribuição (distinta da reta de distribuição igualitária de  $45^\circ$ ) que informa resultados distributivos factíveis. A curva está abaixo da linha da igualdade porque  $X_1$  está sempre em melhores condições em relação a  $X_2$ . Se ela se eleva à direita significa que a cooperação social é mutuamente vantajosa. O princípio da diferença só é satisfeito quando a curva OP tangencia a mais alta curva de indiferença que atinge (ponto  $a$ ).

O ponto  $a$  pressupõe, portanto, um estoque fixo de bens em que as trocas se complementam, e ele maximiza justiça dentro de seus critérios. É um ponto ideal, portanto. Uma referência que, não obstante, ajuda o operador do direito a tomar uma decisão num caso concreto.

As curvas de indiferença são geralmente representadas como na Figura 38, como nas figuras vistas no item 4.3, indicando que uns ganham em detrimento de outros. Se fossem bens, mais de um lado se traduz em menos do outro (oferta e demanda são reguladas pelo preço das coisas e as pessoas obtêm utilidade substituindo bens). São assim as curvas para funções de bem-estar social, com as quais operam os utilitaristas.

Podemos traçar retas perpendiculares à linha de distribuição de 45° para simplificação e assim pensar o ponto de equilíbrio ideal para o critério de bem-estar total (Rawls, 2002, p. 81).

**Figura 38 – Ponto de equilíbrio do utilitarismo**



Na mesma curva OP, a melhor distribuição para o utilitarista é o ponto  $b$ , onde a curva atinge o seu máximo. O utilitarismo permite, portanto, mais desigualdade em relação ao ponto  $a$ .

Para aplicar Rawls, o juiz precisaria se colocar no lugar de ambas as partes (posição original) para decidir. A filosofia de Habermas (1989; 2003) poderia ser útil nesse processo: dar voz a todos os demandantes (suas pretensões de validade) e trazer ao processo suas visões e experiências de mundo (*lifeworlds*).

Um aspecto importante a ser notado na proposta de Rawls é que valoriza a sociedade como uma estrutura de cooperação, mas que não garante redução de pobreza. O princípio da diferença exige prioridade aos interesses dos menos favorecidos em situações em que seus interesses estiverem em conflito com os interesses do resto da população. Não existe um teto até onde os mais ricos podem ir, apenas se coloca uma condição para o seu acúmulo de riqueza: eles não têm direito a adquirir mais

benefícios se isso não contribui para o bem-estar dos demais. Ou seja, desigualdades são permitidas quando maximizam as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Nesse esquema, há solidariedade e há liberdade.

Outrossim, é importante ressaltar que o princípio da diferença esbarra no grau de riqueza da sociedade. O estoque de riqueza tem que ser significativo para dar apoio ao padrão de vida cooperativo e complementar entre as diferentes classes sociais, inclusive intergeracionalmente. Sem estoque de riqueza, a depender do caso concreto, o critério de justiça pode perpetuar pobreza e, conseqüentemente, manter estável o grau de distanciamento social. Ou seja, sem dinheiro, há *trade-off* entre solidariedade e redução da pobreza/desigualdade social.

#### **4.5. Mill**

Na Figura 35, indicamos o ponto ótimo comparando a demanda agregada da sociedade e o custo da oferta de bens públicos. Mas não há bens mais importantes na vida do que outros? Dada a escassez orçamentária, a sociedade precisa traçar prioridades, canalizar mais recursos para certos bens e menos para outros. O Estado geralmente atribui um valor social aos direitos, ignorando os valores individuais que as pessoas lhes atribuem. Para muitos políticos e juízes, alguns direitos não são nem mesmo barganháveis em relação a outros, mesmo que as pessoas estejam dispostas a barganhá-los (por exemplo, abrir mão do 13º salário para ter o emprego ou interromper a gestação de uma vida humana para ter mais bem-estar).

Para Mill (2000), prazeres derivados de faculdades superiores (“mais nobres” ou “elevadas”) são preferíveis em espécie aos prazeres de

que é suscetível a natureza animal. Isso interfere na soma da felicidade conjunta da sociedade. A utilidade derivada do uso de faculdades superiores, como leitura, pintura ou música erudita, teria maior peso no cálculo social do que a pesca ou o futebol, por exemplo. O valor de tais bens excede as preferências reais de algumas pessoas por eles. Ou seja, o seu valor para sociedade é maior do que o seu valor para o indivíduo.

Se o indivíduo atribui  $p_1$ , o Estado atribui  $p_1 + s$  (“s” de social). Aqui não é o que a pessoa está disposta a pagar que dita o valor do bem, mas o bem-estar proporcionado pelo bem que dita o seu valor.

Nas palavras de Mill:

A capacidade para experimentar os sentimentos mais nobres é, em muitas naturezas, uma planta extremamente frágil que, não apenas por influências hostis, como também por mera falta de alimento, morre muito facilmente. E na maioria dos jovens rapidamente perece se as ocupações a que suas posições se devotaram e a sociedade em que ela os lançou não são favoráveis a manter em exercício essa capacidade superior. Os homens perdem suas aspirações elevadas como perdem seus gostos intelectuais porque não têm tempo nem oportunidade para satisfazê-las [...] (2000, p. 192).

Qualidade é mais importante do que quantidade, e o teste de qualidade depende das oportunidades proporcionadas pela experiência, arremata Mill.

Para usarem suas faculdades superiores, as pessoas precisam, antes, satisfazer suas faculdades mais básicas. A alfabetização antecede e possibilita a leitura, o corpo alimentado e saudável possibilita a alfabetização etc. São liberdades que precisam ser garantidas para que outras liberdades sejam possíveis. Não seria razoável imaginar qualquer pacote consistente de preferências sociais que daria forte peso para a liberdade de expressão de cada cidadão e nenhum peso para a habilidade de exercício desse direito em face da fome ou do estado precário de saúde.



São óbices que afetam o compromisso do respeito mútuo (dignidade) e que a sociedade minimiza redistribuindo riqueza.

Assim, poderíamos rabiscar uma ordenação geral hipotética: alimentação ( $p + s_1$ ); saneamento básico ( $p + s_2$ ); saúde ( $p + s_3$ ); educação ( $p + s_4$ ); segurança ( $p + s_5$ ) etc. (sendo  $s_1 > s_2 > s_3 > s_4 > s_5$ ).

Todas as pessoas deveriam ser tratados como se tivessem a mesma função de utilidade. Por decorrência lógica, o ganho marginal com a redistribuição é maior para os que estão mais atrás na série em relação aos que estão mais a frente, até alcançarmos o ponto ótimo em que todos tenham condições de gozar formas superiores de vida ativa.

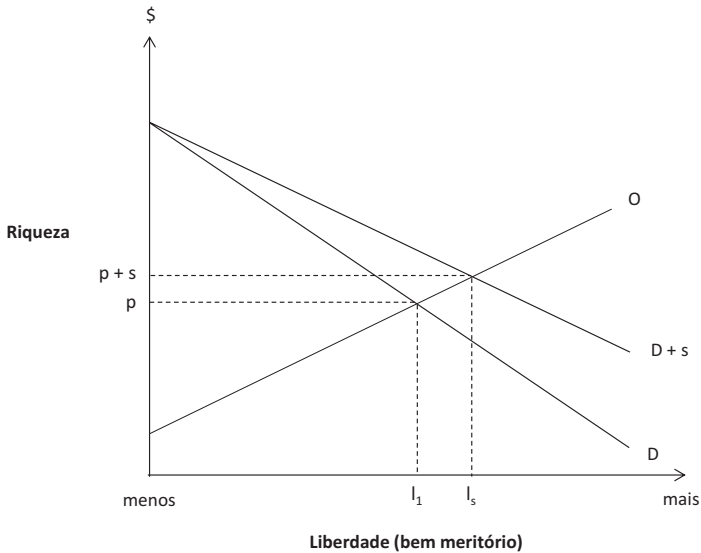
Nesse sentido, o Estado pode subsidiar a educação para os mais pobres, que tirarão maior utilidade de cada subsídio adicional do que os mais ricos, mesmo que os pobres valorizem menos a educação, e a soma de todas as utilidades crescerá (ganho de bem-estar total).

Muitos criticam esse critério por causa da dificuldade em pesar e somar a utilidade de pessoas diferentes. Diante de apenas duas partes, autor e réu, essa tarefa fica mais fácil para um juiz. Como dizia Locke, o Poder Judiciário funciona como um Poder Executivo no Estado de Direito.

Na Figura 39, damos valor social à liberdade.  $D$  é a curva de demanda agregada da Figura 35 ( $D_1 + D_2$ ). Agora representada como uma reta para simplificação. O valor social do bem excede no montante  $s$  o que as pessoas estariam dispostas a pagar por ele. O valor social do bem é a soma do seu preço de mercado e do seu preço social. A curva  $O$  indica o custo de oferta da liberdade na medida em que sua extensão varia. A quantidade ótima de liberdade varia a depender de se seu custo é igualado a seu valor de mercado ou ao seu valor social. Aplicando a análise de custo-

benefício padrão, a oferta ótima se iguala a  $I_1$ , quando a demanda agregada encontra a oferta. Aplicando o valor social, a oferta ótima passa a ser igual a  $I_s$ , onde  $O$  intercepta  $D + s$  (Cooter, 2000, p. 255).

**Figura 39 – Liberdade com valor social**



Isso significa mais gasto público. Se o bem precisar ser oferecido pela iniciativa privada, o Estado precisará subsidiar. Se a iniciativa privada conseguir cobrar os usuários do bem, um mercado competitivo igualará o custo  $O$  e demanda  $D$ , resultando no equilíbrio  $I_1$  e preço  $p$ . Um subsídio  $s$  do governo pode elevar a oferta para o seu ponto ótimo, resultando no novo equilíbrio em  $I_s$ .

Se os políticos ou o tribunal aplicarem esse método para decidirem o grau de liberdade a ser dada aos cidadãos pela lei, encontrariam a quantidade ótima de liberdade comparando o custo para o Estado aumentar a sua oferta e o seu valor social. Aqui o Estado não estaria

mais respondendo às preferências dos indivíduos, e, com base em uma teoria política que justifique o valor social, daria subsídio ou prioridade à educação infantil em relação à educação superior ou a manutenção de museus ao invés da construção de estádios de futebol.

Aqui não se trata mais de uma questão de preferências individuais, mas de responsabilidade política, em que o agente público se preocupa com resultados e o rumo da sociedade. Aqui ele aponta o que as pessoas devem fazer, e não o que preferem fazer, justificando que esse dever fazer agrega mais *bem viver* do que o preferir fazer. Isso está bem assentado na tradição da filosofia política liberal, principalmente no utilitarismo de Mill.

Para que as pessoas possam exercer liberdades, o Estado precisa interferir no mercado (atribuindo valor social a bens, controlando preços, subsidiando e/ou monopolizando a oferta de bens) e redistribuir riqueza. A extensão dessa intervenção geralmente diferencia as pautas da direita e da esquerda no espectro político.

#### **4.6. Nozick**

Para Robert Nozick (1974), a sociedade justa não é a sociedade feliz (Aristóteles, Mill), mas a sociedade livre. A interferência do Estado na vida das pessoas deve ir até o ponto em que não se afronte a máxima kantiana do homem como fim em si mesmo. O Estado mínimo, cuja função é apenas proteger as pessoas contra a fraude e a violência e garantir os contratos celebrados entre os cidadãos (chamado de “Estado Guarda-Noturno”), é o mais extenso que se pode justificar, pois qualquer ampliação tende a violar direitos individuais.

O Estado é fruto de uma estratégia minimax; ou seja, a perda máxima esperada tem um mínimo: você pode adquirir direitos sobre uma parcela desproporcional do mundo desde que não piore a condição dos outros. As pessoas no estado civil não podem piorar em relação ao estado de natureza, e o Estado Guarda-Noturno é o máximo até onde se pode ir (Pareto-eficiente).

As pessoas têm direito a fazerem o que quiserem com seus bens, desde que sem fraude ou violência (sem ofensa à liberdade do outro), ainda que a opção não seja a melhor para o grupo. Se o Estado força alguém a contribuir com a sua riqueza para o bem-estar de outros (redistribuição), seus direitos estão sendo violados, pois tal pessoa está sendo usada como meio para a realização de fins de outrem, o que afronta a máxima kantiana.

Se para Rawls o papel do Estado justo é minimamente reparar as desigualdades existentes na estrutura básica de uma sociedade, para Nozick isso seria violar a posse de si mesmo. Assim, Nozick é contrário a critérios de justiça distributivos. Justiça se traduz em trocas livres entre as pessoas, sem o constrangimento de critérios independentes que procuram valorar o resultado dessas trocas.

Além disso, qualquer plano redistributivo tende a ser perturbado pela liberdade. Como argumento, ele propõe um jogo. Vamos chamá-lo de **Jogo de Nozick**. Vamos supor uma sociedade que adote como critério de justiça o recebimento de uma mesma renda por todas as pessoas, independente de mérito (regime  $D_1$ ). Vamos supor que um jogador de futebol famoso e desejado pelos times assine um contrato com determinado time. Fica acordado que em cada jogo em casa, 25 centavos do preço de cada ingresso vão para ele. A temporada começa e as pessoas enchem os

estádios excitadas para ver o jogador, e todos depositam os 25 centavos numa caixinha separada, com o nome do jogador, quando compram seus ingressos.

Ao final da temporada, com um público contabilizado de um milhão de pessoas, o jogador recebeu 250.000, uma quantia muito maior do que a renda de todas as pessoas. Ou seja, o critério de justiça distributivo inicial foi arruinado pela livre troca entre as pessoas. A pergunta é: a justiça requer que as coisas sejam restabelecidas para atender ao critério da igualdade? Se as pessoas voluntariamente migraram de um regime de distribuição  $D_1$  para  $D_2$ , não é  $D_2$  igualmente justo?

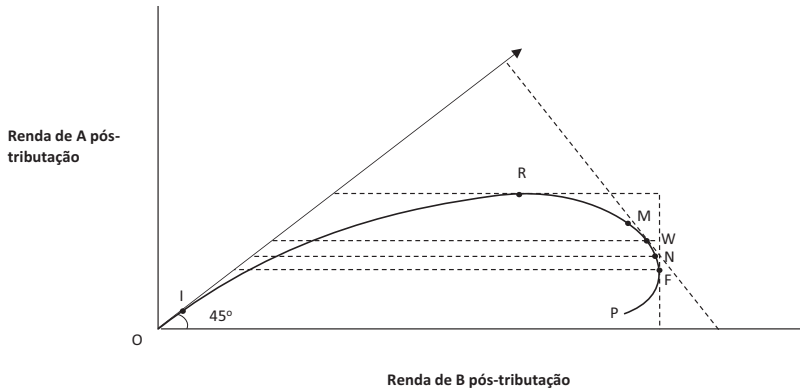
Enfim, o Estado não pode forçar as pessoas mais privilegiadas a contribuírem com os menos privilegiados a fim de que estes tenham sua posição social melhorada.

Nozick incentiva os agentes públicos a se fazerem a seguinte pergunta, antes de tomarem qualquer decisão: o Estado precisa intervir?

#### **4.7. Pontos de equilíbrio**

A Figura 40 retrata uma situação após o Estado redistribuir riqueza por meio de tributos e subsídios com base na renda. Considerando uma sociedade de duas pessoas, a pessoa A tem pouca habilidade de produção de renda, ao contrário de B (o que pode se dar em decorrência de habilidades naturais, como maior inteligência, ou habilidades adquiridas, como melhor educação etc.). Um sistema factível precisa arrecadar tributos suficientes para financiar os subsídios. A fronteira factível OP na Figura representa todos os pontos Pareto-eficientes de renda factíveis pós-tributação para A e B (Cooter, 2000, p. 262; Rawls, 2003, p. 87).

**Figura 40 – Redistribuição e fronteira de Pareto**



A linha reta a  $45^\circ$  corresponde a todos os pontos em que a renda de A pós-tributação se iguala à renda de B. Tirando o ponto de origem, em que ambos terminam com nada, todos os outros pontos estão abaixo da reta, indicando que B goza de mais renda pós-tributação do que A.

#### **4.7.1. Ponto de Igualdade (I)**

Nesse ponto ambos terminam com a mesma riqueza. Contudo, ambos se encontram em pior situação em relação aos demais pontos de equilíbrio. Ou seja, nem sempre igualdade é algo bom. A sociedade precisa aceitar certo nível de desigualdade para enriquecer e melhorar o bem-estar total, se tiver isso como valores. Se um de seus objetivos é o “desenvolvimento nacional” (art. 3º, II da Constituição), o ponto I significaria injustiça.

#### **4.7.2. Ponto de Rawls (R)**

Partimos de um sistema com alta tributação (ponto I) para um sistema com tributação menor que dá incentivos ao trabalho e à produção de mais renda, seguindo na direção nordeste sobre a fronteira factível e atingindo o ponto mais alto, chamado de maximin. É o ponto que maximiza a renda mínima, em que a pessoa em pior situação relativa (A) tem a maior quantidade de renda possível. Chegar ao maximin significa tributar o mais rico B a uma taxa que permite o maior subsídio ao mais pobre A.

O ponto maximin é o ponto de Rawls. Segundo sua teoria de justiça, mais desigualdade só se justifica na medida em que a situação dos mais pobres é melhorada. Assim, um Estado justo adotaria o maximin como critério de redistribuição. Mas se um de seus objetivos é a “erradicação da pobreza” (art. 3º, III da Constituição) e o estoque de riqueza é pequeno, o ponto R pode significar pobreza intergeracional e, portanto, injustiça.

#### **4.7.3. Ponto de Mill (M)**

Ir além do ponto de Rawls requer reduzir tributação e subsídios, o que beneficia B em detrimento de A. É o ponto de Mill. Considerando que pessoas mais pobres tiram mais utilidade de renda adicional do que os mais ricos, o Estado justo é aquele que adota o critério do utilitarismo, que maximiza a soma das utilidades. R\$ 2,00 a mais no bolso do rico para ir à ópera gera menos utilidade para o todo do que R\$ 1,00 a mais para o pobre ir à escola, pois, no longo prazo, permitirá que mais pessoas vão à ópera. O peso é maior sobre cada real a mais direcionado ao pobre (para ser gasto em bens meritórios) em relação a cada real a mais deixado com o rico. A redistribuição do rico para o pobre se dá

até o ponto em que a soma de utilidades é maximizada. Esse é o ponto de maximização de bem-estar total.

Oportuno lembrar que o critério de justiça de Rawls é procedimental: a expansão da riqueza dos mais ricos sofre limite se não ajudar os mais pobres. Mill valora o resultado, e sua teoria se mostra mais consistente com a redução da pobreza e/ou da desigualdade social (art. 3º, III). Bem-estar dos mais ricos é usado para investir em bens meritórios em benefício dos mais pobres.

#### **4.7.4. Ponto de maximização da riqueza total (W)**

O ponto seguinte é o que maximiza riqueza, ou seja, maximiza a soma das rendas, com o rico ganhando mais do que o pobre perde, possibilitando potencialmente uma compensação (item 2.1.2). Aqui cada real a mais tem o mesmo peso para todos. Ou seja, uma transferência de riqueza reflete uma transferência de utilidade na mesma proporção, diferentemente do critério de Mill.

Esse ponto ocorre onde a reta de inclinação  $-45^\circ$  é tangente à fronteira factível. Se um dos objetivos é a “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I da Constituição), o ponto W pode significar injustiça. Por outro lado, é consistente com o objetivo de “desenvolvimento nacional” (art. 3º, II).

#### **4.7.5. Ponto de Nozick (N)**

No ponto de Nozick o Estado não pode forçar as pessoas mais privilegiadas a contribuírem com os menos privilegiados a fim de que estes tenham sua posição social melhorada. Como se percebe na Figura 40, o bem-estar do pobre poderia ser melhorado por meio do uso do bem-estar do rico.



#### **4.7.6. Ponto Feudal (F)**

Indo além do ponto de maximização da riqueza atingimos o maximax, que maximiza a renda do mais rico (B), o que significa tributar o pobre e subsidiar o rico. Rawls (2003) chama sugestivamente esse ponto de “feudal”. Enquanto maximin implementa equidade, maximax implementa elitismo. Esse ponto ocorre onde a reta perpendicular ao eixo horizontal é tangente à fronteira factível. Se fossem bens, essa reta de utilidade indicaria que a quantidade do bem não responde à variação do preço nem encontra substitutos (o bem  $x$  é valioso e fixo e não importa o que aconteça com  $y$ !).

#### **4.7.7. Qual o melhor ponto de equilíbrio?**

Como já dito, todos os pontos que vão do I ao F são Pareto-eficientes. Escolher entre um deles requer um critério normativo, ou seja, um critério ético para permitir a escolha da melhor distribuição de renda. Uma vez dado o critério, é possível se falar em uma resposta de justiça correta. Podemos aplicar o mesmo raciocínio para a distribuição de direitos e deveres de uma forma geral.

Se um confeitiro se recusa a fazer um bolo de casamento para um casal homossexual por causa de suas convicções religiosas, e por isso é processado judicialmente, o juiz dará ganho de causa ao confeitiro se aplicar o ponto N (Nozick) e ganho de causa ao casal se aplicar M (Mill).

Se funcionários de uma pequena empresa de serviços de manutenção rompem um cabo elétrico durante a execução de um serviço numa grande fábrica, e esta os processa judicialmente para indenizá-la pela perda econômica em razão da negligência, pelo fato de ter parado as operações até que o cabo fosse consertado, o juiz pode decidir dar ganho de causa à fábrica aplicando o ponto W (maximização de riqueza total), ainda

que leve a pequena empresa a fechar suas portas, argumentando que o montante perdido e que deixou de gerar produto, uma vez realocado na produção, teria potencial para gerar mais produto e compensar a perda de produto para a economia com a retirada da pequena empresa do mercado.

Ou o juiz poderia reduzir a indenização a um mínimo factível a ponto de não inviabilizar a pequena empresa e, assim, aplicar o ponto R (Rawls). É o ponto em que a pessoa em pior situação relativa (pequena empresa) preserva a maior quantidade de renda possível (a ponto de não fechar). O mesmo raciocínio pode ser aplicado a uma indenização de dano moral contra a negligência ou imperícia de algum profissional ou empresa. Chegar ao maximin significa tributar o mais rico na posição relativa (devolver menos) a uma taxa que permite a maior condescendência (subsídio) ao mais pobre (a ponto de não colocar em xeque recursos mínimos para sua sobrevivência digna).

Para todos esses casos, o juiz precisará lançar mão de uma teoria política de justiça para justificar a decisão (por que W e não R? Qual o critério ético adotado e por quê?).

Os diferentes pontos de equilíbrio, que podemos chamar de pontos de justiça, maximizam coisas distintas: igualdade; cooperação social; bem-estar; riqueza; liberdade; e desigualdade. É possível relacionar alguns deles a objetivos elencados no art. 3º da Constituição. Podemos defender que o inciso I quer maximizar cooperação social (solidariedade e liberdade), que o inciso II quer maximizar riqueza total (desenvolvimento nacional) e que o inciso III quer maximizar bem-estar total (erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais). O inciso IV apenas quer proteger as minorias, para que não sejam prejudicadas pela dominação

(item 3.5.1); a princípio, não está em uma situação de *trade-off* em relação aos outros.

Poderíamos defender que o objetivo principal do Estado deveria ser a maximização de riqueza, como se fosse uma empresa, já que mais riqueza permite que uma democracia em que vige competição política forneça bens públicos a baixo custo aos seus cidadãos. Fornecendo os meios, ou seja, bens públicos de qualidade com carga tributária baixa, o Estado aumenta as possibilidades para os indivíduos indistintamente realizarem seus planos de vida, sem que precise interferir em suas escolhas impondo-lhes valores sociais.

Contudo, os Estados agem como indivíduos, que maximizam utilidade. Utilidade, como visto, descreve a forma como um indivíduo racional escolhe entre uma variedade de fins. O Estado tem suas preferências, tem uma função de utilidade, e estará disposto a sacrificar riqueza por outros valores. A competição política, contudo, traz problemas para a democracia resolver racionalmente questões distributivas (Paradoxo de Condorcet). Os juízes, dotados de responsabilidade política e manuseando o direito na ponta, tornam-se a melhor arma de que as democracias dispõem para alcançar o melhor equilíbrio, e assim fazer justiça, o que reafirma Locke, para quem a autoridade julgadora sustenta e possibilita o Estado de Direito.

## Conclusão

Neste livro, propomos decifrar a justiça através dos números. Partimos de Pitágoras, que nos ensina que a filosofia e a matemática têm muito em comum. Se existem números embutidos nas coisas, buscamos pelo significado de justiça através dos números. Encontramos a justiça em números, equações e desenhada em variados gráficos. Vimos o direito como um jogo atrás de tabelas de números.

Revisitamos a ideia dos gregos antigos de que a justiça é um *dizer fundado num cálculo, um pensar ou falar com medida e proporção*, que organiza a realidade. Buscamos pelo método para encontrá-la. Sim, existe uma resposta correta diante de um problema jurídico.

Pensadores fundamentais ajudaram a apontar o caminho: Platão, Aristóteles, Espinosa, Hobbes, Locke, Rousseau e Mill. Assim como pensadores mais recentes, como Rawls e Nozick.

A justiça, para ser encontrada, pede por um balanço de custos e benefícios, pede por maximização do que é útil para as pessoas e para o grupo social, exige da democracia a eleição do valor para, com ele em mente, apontar o melhor equilíbrio entre vários possíveis. Há óbices no caminho: ciclicidade, déficit de legitimidade, expectativas sociais mal coordenadas, assimetria de informação, agentes públicos hesitantes e planos impossíveis, que não são equilíbrios.

Finda a jornada, podemos pontuar algumas conclusões importantes:

- Justiça é equilíbrio;
- Moralidade não tem sentido sem racionalidade. Liberdade no direito é consciência de preservação do ser, e não livre-arbítrio. O homem

calcula e demanda a norma (dever ser) para sua autopreservação e progresso;

- Os objetivos da República elencados no art. 3º da Constituição são nortes éticos (valores) que enfrentam um *trade-off*, não são consistentes entre si e demandam do Estado uma função de utilidade;

- A eficiência de Pareto é uma fronteira normativa útil para a justiça, por ter forte apelo moral;

- A eficiência não seleciona por si só uma alocação ou distribuição de direitos e deveres como a mais eficiente. É preciso apontar o valor (norte ético) para selecionar o equilíbrio. Uma vez dado o critério, é possível se falar em uma resposta de justiça correta;

- Liberdade é o objetivo político básico do direito. Igualdade é uma necessidade instrumental; é uma forma de organizar as instituições de modo que os governantes maus ou incompetentes não possam causar demasiado dano;

- Não existe *trade-off* entre igualdade e liberdade. Há *trade-off* entre igualdade/liberdade e eficiência;

- Não pode haver *trade-off* entre princípios e objetivos (arts. 1º e 3º da Constituição). O princípio precisa servir ao objetivo, e não o contrário, e também não ganhar vida própria, sob pena de deixar o Estado sem rumo;

- A dominação oferece referências e modelos de comportamento que geram expectativas sociais auto-realizáveis no tempo e apontam o equilíbrio desejado no jogo da vida, que tem múltiplos equilíbrios;

- Para que uma sociedade seja estável e bem sucedida, o direito, visto como um jogo, deve possibilitar a maximização da utilidade dos jogadores quando os outros também jogam no direito;

- Diante de decisões jurídicas difíceis, o minimax, estratégia sobre a qual se funda o Estado Moderno (teoria do contrato social), revela-se um limite prudencial útil à liberdade (direito individual). O contrato social é uma ideia que se replica e explica o direito moderno, e não pode ser ignorada;

- Leis “não pegam” quando tentam guiar a sociedade para um ponto de não-equilíbrio. A lei não cria um equilíbrio, mas aponta um equilíbrio pré-existente e coordena os comportamentos em sua direção;

- Se uma autoridade política tentar mudar as expectativas das pessoas para algum plano que não seja um equilíbrio de Nash, suas exortações para o comportamento de mudança será prejudicado por desvios racionais;

- O Estado de Direito tem a coordenação como principal desafio. A missão básica do direito é a coordenação de comportamentos;

- Os direitos são bens públicos e estão sujeitos à lei da escassez. Bens públicos custam mais que bens privados, e o Estado só consegue oferecer liberdade até um ponto. É inviável para uma sociedade lograr um estágio de completa proteção de direitos, em face dos custos;

- O Estado age como um indivíduo, maximiza utilidade, e está disposto a sacrificar riqueza por outros valores;

- A competição política traz problemas para a democracia resolver racionalmente questões distributivas. Os juízes, dotados de responsabilidade política e manuseando o direito na ponta (caso concreto),

tornam-se a melhor arma de que as democracias dispõem para alcançar o melhor equilíbrio e evitar dissipação de riqueza e desperdício de recursos sociais.

Por fim, é importante sempre ter em mente lição clássica de Weber: o agente público deve ser guiado pela ética da responsabilidade; ou seja, deve ser julgado pelos resultados de suas decisões, e não por suas convicções.

**Referências bibliográficas**

- AQUINO, São Tomás. *Tratado da lei*. Porto-Portugal: Resjurídica, 2001.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006.
- ARISTÓTELES. *Retórica das paixões*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- ARROW, Kenneth. *Social choices & individual values*. New Haven, London: Yale University Press, 1963.
- AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Cambridge: Basic Books, 1981.
- BASU, Kaushik. *The Republic of beliefs: a new approach to law and economics*. New Jersey: Princeton University Press, 2018.
- BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. Topbooks, 2012.



COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: COASE, Ronald H. *Nobel Laureate, economist, teacher, friend, 1910-2013*. Chicago: The University of Chicago Law School, 2014. p. 84-126.

COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6 ed. Boston: Pearson Education, 2012.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

DESCARTES. Discurso do método. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GICO Jr., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. Universidade Católica de Brasília, V.1, n. 1, p. 7-33, jan-jun 2010.

ESPINOSA. Tratado político. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos Avançados*, São Paulo, n. 7, p. 4-19, set./dez. 1989.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. V. 1. Boston: Beacon Press, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Liquidando os danos: os horrores da autonomia. In: SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. viii-xix.

HOBBS, Thomas. Leviatã. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W Norton & Company, 1999.

JARDIM, Tiago Neu; FRITZ, Karen Beltrame B. Aplicação da lei na perspectiva da Escolha Pública: uma crítica utilitarista da construção política do direito. *Economic Analysis of Law Review*. Universidade Católica de Brasília, V.8, n. 1, p. 81-96, jan-jun 2017.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KIRKHAM, Richard L. *Teorias da verdade*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MANDEVILLE, Bernard. *A fábula das abelhas ou vícios privados, benefícios públicos*. São Paulo: Unesp, 2017.

McADAMS, Richard H. *The expressive powers of law: theories and limits*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S. *Regulação ótima e a atuação do Judiciário: uma aplicação de teoria dos jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão n. 160).

MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOCAN, N. H.; BIELEN, S.; MARNEFFE, W. *Quality of judicial institutions, crimes, misdemeanors, and honesty*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 24396, march 2018.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MYERSON, R. B. Learning from Schelling's Strategy of Conflict. Chicago: *Journal of Economic Literature*, American Economic Association, v. 47, n. 4, p. 1109-1125, dec. 2009.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass. *Structure and change in economic history*. New York: W.W. Norton & Company, 1981.

NORTH, Douglass; WALLIS, John J.; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press, 2013.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and utopia*. United States of America: Basic Books, 1974.

ODON, Tiago Ivo. *A linguagem penal do contrato social brasileiro: o inimigo, a guerra e a construção da ordem contra a sociedade no Brasil (1822-1890)*. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2013.

ODON, Tiago Ivo. *O modelo de justiça criminal no Brasil: as ideias de verdade e liberdade ao longo da História*: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

OKUN, Arthur M. *Equality and efficiency: the big tradeoff*. Washington: The Brookings Institution, 2015.

PIKETTY, Thomas. Social mobility and redistributive politics. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 3, aug. 1995.

PINKER, Steven. *The better angels of our nature: why violence has declined*. Viking, 2011.

PLATÃO. *A República*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003.

POPPER, Karl. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. V. 1. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

- POSNER, Eric; ADLER, Matthew D. *Rethinking Cost-Benefit Analysis*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 72, 1999.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.
- RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- WEBER, Max. *A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais*. São Paulo: Ática, 2006.
- WEBER, Max. A psicologia social das religiões mundiais. In: WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 189-211.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. V.1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.





**More  
Books!** 



**yes**  
**I want morebooks!**

Buy your books fast and straightforward online - at one of the world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at  
**[www.get-morebooks.com](http://www.get-morebooks.com)**

Compre os seus livros mais rápido e diretamente na internet, em uma das livrarias on-line com o maior crescimento no mundo! Produção que protege o meio ambiente através das tecnologias de impressão sob demanda.

Compre os seus livros on-line em  
**[www.morebooks.es](http://www.morebooks.es)**

SIA OmniScriptum Publishing  
Brīvības gatve 197  
LV-103 9 Rīga, Latvia  
Telefax: +371 68620455

[info@omniscrptum.com](mailto:info@omniscrptum.com)  
[www.omniscrptum.com](http://www.omniscrptum.com)

OMNI Scriptum





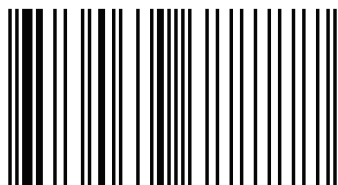


## Justiça como Equilíbrio

Na atuação dos três Poderes de nossa República, encontramos muito casuísmo, intuicionismo e incoerência. Falta um norte claro e previsível de ação política. Qual é a melhor alocação de direitos e deveres? Que critério usar para redistribuir riqueza? Como aplicar a lei diante de interpretações conflitantes? Afinal, o que é justo? Se a sociedade, em suas transações diárias, se encontra em um equilíbrio ruim, o Estado precisa intervir para coordenar os comportamentos e oferecer leis, políticas públicas e decisões judiciais para redirecionar a sociedade para um equilíbrio melhor. Mas o que é um “equilíbrio melhor”? Este livro oferece respostas objetivas. Parte de Pitágoras e busca decifrar a justiça através dos números. O livro revisita a ideia dos gregos antigos de que justiça é equilíbrio, é medida e cálculo que organizam a realidade. O livro busca pelo método para encontrá-la, e mostra que existe uma resposta correta diante de um problema jurídico. Filosofia do direito, economia e sociologia, juntas, são uma arma poderosa para a resolução de problemas concretos. Este livro será útil para juristas, economistas, cientistas políticos e sociais e profissionais de áreas afins.



Tiago Ivo Odon é doutor em Sociologia e mestre em Direito e Políticas Públicas. Kursou o Summer Institute em Law & Economics da Universidade de Chicago. É consultor legislativo do Senado Federal e professor da Ambra College. É autor de vários artigos científicos e de livros acadêmicos.



978-613-9-68877-7

