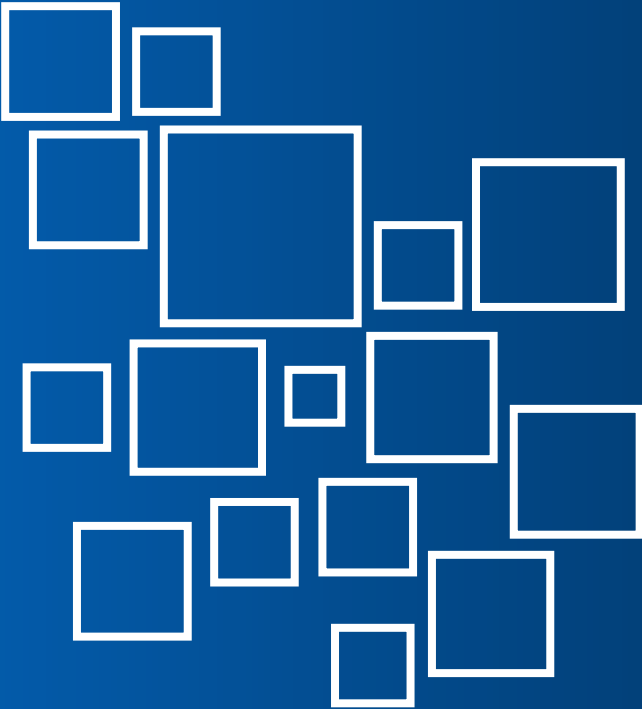


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Reflexões Pós-Assombro: efeitos da crise financeira sobre Richard Posner e os limites de sua posição keynesiana

Post-Haunting Reflections: financial crisis effects on Richard Posner and the limits of his Keynesian stance

Luana Renostro Heinen¹

UFSC

RESUMO

Discutem-se as posições do jurista norte-americano Richard Posner quanto à regulamentação do mercado antes da crise de 2008, quando demonstrava acreditar na eficiência do mercado livre, e após a crise, que o levou a defender uma postura keynesiana. Faz-se, a partir da proposta de David Harvey, uma crítica diante das limitações dessa visão para a compreensão das crises do capitalismo. Ainda que a capacidade monetária de estimular o crescimento possa ser ilimitada, há aspectos potencialmente limitadores da atividade material (produção, troca e consumo de mercadorias) que são barreiras concretas à acumulação de capital. Essas barreiras se colocam diante da expansão do capital e acabam por gerar crises no sistema. E, ainda quando uma barreira seja superada, nova barreira irá surgir. A sugestão de Posner de que uma regulamentação eficiente e políticas monetárias adequadas podem evitar novas crises não é, portanto, suficiente para evitar novas crises.

Palavras-chave: Crise Financeira, Desregulamentação, Richard Posner, Keynes, David Harvey.

JEL: G01.

ABSTRACT

The paper discuss the positions of the American jurist Richard Posner of the market regulation before the 2008 crisis, when he demonstrated to believe in the efficiency of the free market, and after the crisis, that led him to advocate a Keynesian posture. From the proposal to David Harvey, it made a critique to the limitations of this view for understanding the crisis of capitalism. Although the monetary capacity to stimulate growth can be unlimited, there are potentially limiting aspects of material activity (production, exchange and consumption of goods) that are concrete barriers to capital accumulation. These barriers arise concerning the expansion of capital and ultimately generate crises in the system. And even when a barrier is overcome, new barrier will suggest. Posner's suggestion that efficient regulation and appropriate monetary policy can prevent further crises is not therefore sufficient to prevent further crises.

Keywords: Financial Crisis, Deregulation, Richard Posner, Keynes, David Harvey.

R: 5/6/13 **A:** 26/2/14 **P:** 1/6/14

¹ E-mail: luanarh@yahoo.com.br.

1. Introdução

Com a abertura multidisciplinar no direito, bem como devido ao aumento da complexidade dos fenômenos econômicos envolvendo questões jurídicas, especialmente com o direito regulatório criado com o *New Deal*² nos Estados Unidos, iniciou-se, nos anos após a depressão de 1929, um intenso debate entre direito e economia, o que acabou por dar origem a constituição da Escola da AED, na Universidade de Chicago. Num primeiro período, compreendido entre 1940 e 1950, a velha escola, com orientação marcante de Aaron Director, centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário. Já a segunda fase, instaurada a partir de 1960 – que hoje reflete o núcleo central de trabalho da Escola da AED –, passa a

utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual (Coelho, 2007, p. 4).

Para o desenvolvimento desta segunda fase, foi fundamental o trabalho do economista Ronald H. Coase sobre o problema dos custos de transação. O “teorema de Coase” predica que “las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un [...] síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad” (Aguilera et al., 2001, p. 333). De tal maneira, Coase advertia sobre as implicações e *feedbacks* entre o “sistema jurídico y el sistema económico, hasta el punto que un inadecuado desarrollo legislativo puede generar la presencia de fallos de mercado y por tanto asignaciones ineficientes” (Aguilera et al., 2001, p. 333).³

Como esclarece Rosa (cf. 2011, p. 59), as relações entre o direito e a economia eram de campos complementares, que de maneira autônoma dialogavam a partir de seus pressupostos e características, nos pontos em que havia demanda recíproca. A mudança que caracteriza a AED relaciona-se com a magnitude das questões econômicas no mundo atual. Esse movimento implica em novas relações entre esses campos que eram, até então, complementares:

Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o “Direito” foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente “pragmática”, de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. (Rosa, 2011, p. 59)

²*New Deal* foi o plano político-econômico que salvou os Estados Unidos da crise das décadas de 1930 e 1940. Sobre a relação entre esse plano e o realismo jurídico, aponta Giacomuzzi (2005, p. 181-182): “[...] (não há como dizer que este ou aquele autor ou grupo realista tenha predominado. O *New Deal* aglutinou todos os esforços). E ‘embora não haja correlação necessária entre o *Legal Realism* e os programas do *New Deal*, a forma com que o Realismo entendia o Direito se ajustava à natureza experimental do *New Deal*, sendo portanto interessante depreender daí que o atual Estado administrativo americano e a forma de suas agências reguladoras (que hoje servem de ‘modelo’ ao Brasil e ao mundo) é também fruto das ideias realistas.”

³A proposta ganhou maior confiança nos meios jurídicos com o trabalho, também na Universidade de Chicago, dos juristas Richard Posner (que disseminou o estudo da AED entre os estudantes e também propôs alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos) e Gary Becker (com a proposta de utilizar a teoria neoclássica de preços para explicar questões jurídicas tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes).

A AED desenvolveu-se e passou a congregar várias correntes que adotam diferentes postulados metodológicos para tratar a relação entre Direito e Economia, tendo em comum entre si “a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes” (Sztajn, 2005, p. 75). Rachel Sztajn aponta como principais movimentos: a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Nova Economia Institucional e a Escola da Escolha Pública (*Public Choice*). Apesar de existirem esses diferentes movimentos dentro da AED, opta-se aqui pela obra de Richard Posner, que se filia à Escola de Chicago; assim, daqui em diante o termo “AED” será usado para se referir a essa orientação específica.

Richard Posner, juiz da Corte de apelação e professor da Universidade de Chicago, é considerado um dos maiores representantes do movimento norte-americano da AED. Sempre foi um defensor do livre mercado. O mercado, parecia acreditar Posner, funciona de maneira a conduzir à eficiência. Essa crença na eficiência da economia era mais intensa nos primeiros trabalhos do jurista americano. Quando escreveu *Economic Analysis of Law* (1973), obra que é considerada um dos marcos fundadores da AED, Posner buscou desenvolver uma teoria do direito que permitisse visualizar o sistema jurídico da *common law* como um sistema maximizador de riquezas. Sua ideia central era, então, de que “o sistema jurídico da *common law* apresenta as mesmas características do mercado, buscando sempre a alocação eficiente de recursos” (Zanatta, 2010, p. 41).

Assim, Posner buscava transformar o sistema jurídico em um sistema que, ultrapassando o formalismo excessivo (um dos grandes males do mundo jurídico, segundo o juiz), utilizasse de mecanismos e métodos econômicos para produzir um direito mais eficiente, que contribuísse para imitar o mercado em seu funcionamento perfeito:

se entiende que la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles (Posner, 2005, p. 7).⁴

Como aponta Zanatta, citando Mercurio e Medema, a abordagem econômica que Posner – e os representantes da Escola de Chicago – realizavam do direito era estritamente microeconômica:

[...] a característica que de fato define a abordagem de Richard Posner e da Escola de Chicago é a aplicação de análise microeconômica (preço-teórica) no direito, partindo de três premissas: (1) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos fora do mercado, bem como no mercado; (2) os indivíduos respondem aos incentivos de preços no comportamento de mercado e fora do mercado; (3) regras e ações jurídicas podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto que as decisões judiciais devem promover a eficiência. (Zanatta, 2010, p. 42)

⁴Corolário desta teoria econômica do Direito, a teoria econômica positiva da *common law* receita que os juízes, ao desenvolver o Direito, deveriam intentar conscientemente conseguir uma alocação eficiente dos recursos. Essa teoria positiva baseia-se no “teorema de Coase”, para o qual “cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada” (Posner, 2005, p. 9). Seriam deduções desta teoria, ainda, duas proposições: 1) que, cabendo ao Direito a promoção da eficiência econômica, ele deveria procurar minimizar os custos de transação; 2) “cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren” (Posner, 2005, p. 9).

A função que o jurista atribui ao direito é, portanto, eminentemente econômica e, em especial, microeconômica. Posner chega a identificar justiça à eficiência⁵, principalmente no livro *The Economics of Justice* (1981). Para alguns autores esse posicionamento teria mudado após Posner receber inúmeras críticas⁶.

Entretanto, essa mudança da posição de Posner não parece tão clara. A “eficiência” pode ter deixado de ser o critério superior para avaliar as instituições sociais e direcionar as decisões judiciais, mas continua sendo um dos critérios mais importantes, tendo em vista que vai estar incorporada ao próprio pragmatismo legal como proposto por Richard Posner.

Pragmatismo + AED é a fórmula para as mudanças a serem fomentadas no âmbito “Micro”, como sugere Rosa (2011). Tal proposta pode ser visualizada na inter-relação existente entre as reformas institucionais projetadas pelo Banco Mundial nos países em desenvolvimento (principalmente nas décadas de 1980 e 1990)⁷ e o discurso do pragmatismo legal. Enquanto aquele responde às necessárias mudanças “macro”, este é o fomentar das não menos importantes mudanças “micro”: na decisão judicial. O pragmatismo está sim carregado pelo critério da eficiência:

⁵“O que Posner propôs é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo” (Salama, 2010).

⁶Segundo Salama, Posner teria abandonado a maximização de riqueza como fundação ética do direito, a partir de 1990: “Ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo norte-americano. Estas, dirá Posner mais tarde, incorporam intuições utilitaristas, sem a elas se resumirem: seria preciso adicionar ao caldeirão teórico o liberalismo e o pragmatismo arraigados à cultura política norte-americana” (Salama, 2010).

⁷Sobre as inter-relações entre a AED e as reformas realizadas no Judiciário brasileiro e de outros países latino-americanos, conferir o trabalho de Zanatta (2010). Para Zanatta, a influência do Banco Mundial na regulação jurídica brasileira insere-se num grande movimento de reformas projetadas para América Latina, que pode ser visualizado em duas fases: a) as reformas econômicas de primeira geração; b) as reformas institucionais de segunda geração. As reformas de primeira geração respondem ao Consenso de Washington, com liberalização da economia e abertura ao capital estrangeiro. Esse foi o momento de neoliberalização da economia brasileira, vivenciada nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso. Realizadas essas reformas, entretanto, fez-se necessário avançar mais, pois “não trouxeram o resultado esperado no tocante ao desenvolvimento econômico e investimento de capital estrangeiro” (Zanatta, 2010, p. 106). O Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento passaram a financiar pesquisas para verificar o motivo do insucesso. Com base nos trabalhos da escola da nova economia institucional (Coase, Williamson e North), constatou-se a necessidade de reformar as instituições públicas assoladas pela corrupção e ineficiência, para criar um “melhor ambiente de investimentos econômicos” (cf. Zanatta, 2010, p. 106-107). Assim, operou-se uma mudança de paradigma: “do ajuste estrutural econômico (década de oitenta) para a reforma institucional (década de noventa), que inclui o Judiciário” (Zanatta, 2010, p. 107). Constatou-se que a economia neoliberal precisa também de instituições sólidas, com destaque para o Judiciário. Por meio do Documento Técnico 218, o Banco Mundial traçou o perfil da crise do Judiciário latino-americano. Já o Documento 319 (1996), que recebeu o título *O Setor Judiciário na América Latina e Caribe: Elementos para Reforma*, apontou os caminhos para a sua superação, recomendando valores de forma expressa: “i) independência do Judiciário; ii) credibilidade; iii) eficiência; iv) transparência; v) previsibilidade; vi) acesso à Justiça.” (Zanatta, 2010, p. 176) Essas reformas institucionais têm, como expõe Zanatta e também Rosa (2011), como critério crucial a maximização da riqueza, a eficiência na alocação de recursos. Nesse âmbito a Reforma é “Macro”, como classifica Rosa (2011, p. 63): “da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico”. A reforma “micro”, por sua vez, vai ocorrer no âmbito da decisão judicial *stricto sensu*, especialmente com o pragmatismo legal, expresso na obra de Richard Posner.

De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, (...), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a “Teoria da Decisão Judicial” pelo critério da “maximização da riqueza”, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia. (Rosa, 2011, p. 64)

Assim, a maximização da riqueza ainda é um critério importante na teoria jurídica de Posner, mesmo que não seja mais um fundamento “ético” para o direito⁸. A teoria jurídica de Posner vai ter, pois, no pragmatismo seu eixo central para servir de instrumento a compreender e aprimorar o direito e as instituições em geral, demonstrando as insuficiências do pensamento jurídico existente e buscando substituí-lo por algo melhor (Posner, 2009a, p. IX). Para isso ele se vale de três chaves para compreender as questões de teoria do direito: a *economia*, o *pragmatismo* e o *liberalismo*.

Em sua defesa do liberalismo, Posner deixa explícita, novamente, sua preferência por um mercado livre e competitivo:

O liberalismo também tem uma relação *prática* íntima com a ciência econômica. Para o liberalismo clássico, o mercado competitivo é um cenário marcado pelo comportamento autorreferenciado e que, portanto, está para além das fronteiras da intervenção estatal. [...] Ao criar um vasto campo de atividades privadas invioláveis e facilitar o funcionamento do livre mercado, o liberalismo cria as condições necessárias, segundo nos ensina a experiência, para a liberdade pessoal e a prosperidade econômica. [...] os Estados modernos mais fortes, nacional e internacionalmente, sempre foram os liberais: a Grã-Bretanha no século XIX e os Estados Unidos no século XX. [...] A justificação do liberalismo é pragmática. (Posner, 2009a, p. 25-26).

De acordo com Posner, portanto, pragmática e empiricamente o liberalismo e os Estados com livre mercado tem se mostrado mais eficientes e prósperos. Utilizando-se sempre do “argumento do realismo”⁹ ou da experiência, o jurista americano afirma que é a prática que tem demonstrado este êxito. Ainda assim, haveria tarefas que o mercado não conseguiria executar da maneira mais eficiente, essas tarefas caberiam ao Estado:

Ao governo cabem as tarefas que os sistemas de preços não conseguem realizar bem. Não é um acidente, ou algum projeto socialista idiota, que a defesa nacional, a execução judicial de contratos, propriedade e outros direitos, o controle do crime, a regulação da poluição e outras externalidades, ajuda aos pobres e segurança interna não sejam fornecidos pela iniciativa privada (Posner, 2010a, p. 149).

⁸“O argumento mais forte a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático. Olhamos para o mundo que nos cerca e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais se permite que os mercados funcionem mais ou menos livremente não apenas são mais prósperas do que as que vivem em outras sociedades, mas também tem mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas (como comprova, por exemplo, o fato de tenderem menos a emigrar) – de modo que a maximização da riqueza pode ser o caminho mais direto para uma diversidade de objetivos morais” (Posner, 2007, p. 513-4).

⁹A realidade apresenta o que é necessário, o que é possível. Esse é o discurso do realismo. O argumento do realismo afirma a determinação econômica da política: não há alternativa, somente essa que responde à realidade possível, prática. Ao apelar para o realismo de sua proposta, entretanto, Posner a lança como a única possibilidade plausível dentro das circunstâncias objetivas da realidade. Trata-se da reprodução do discurso do “único possível” da economia e a via única da democracia liberal. Para o filósofo Jacques Rancière, o realismo é a lógica policial do único possível: “O realismo pretende ser a sadia atitude do espírito que se restringe às realidades observáveis. Ele é na verdade coisa totalmente diferente: é a lógica policial da ordem que afirma, em qualquer circunstância, fazer apenas o que é possível fazer. O sistema consensual absorveu a necessidade histórica e objetiva de antigamente, reduzida à porção cônica do ‘único possível’ que a circunstância autoriza. O possível é assim o operador conceitual de troca entre a ‘realidade’ e a ‘necessidade’. E é também o último modo de ‘verdade’ que a meta-política acabada pode oferecer à lógica da ordem policial, a verdade da impossibilidade do impossível. O realismo é a absorção de toda realidade e de toda verdade na categoria do único possível” (Rancière, 1996, p. 131).

Assegurar o bem público parece ser, na proposta de Posner, encarregar o Estado de garantir a propriedade privada, o bom funcionamento do mercado econômico e, ainda, aquilo que não interessa à iniciativa privada, como a assistência aos pobres. Como bem adverte Rosa (cf. 2011, p. 55), aos Estados fica reservado um papel fundamental: garantia da “ordem pública, principalmente na esfera de controle social”.

Esse livre mercado vinha atuando satisfatoriamente, aos olhos do jurista norte-americano, de maneira eficiente, até meados de 2008. Mas, com a tempestade gerada pela crise econômica que se iniciou em 2008 e se arrasta até hoje, Richard Posner parece ter mudado, ao menos um pouco, sua compreensão da economia, dos economistas e das possibilidades de um mercado eficiente. A realidade lhe demonstrou que as economias capitalistas não são tão estáveis quanto imaginava e também que nem sempre a alocação de recursos é feita *livremente* da maneira mais eficiente, por meio da “mão invisível do mercado”. Posner juntou-se, após a crise, ao coro daqueles que convocam o Estado como a verdadeira mão que deve segurar a economia¹⁰.

Porém, Posner sugere, adotando após a crise uma postura deliberadamente keynesiana, que a regulamentação da economia – em especial do sistema financeiro – pode evitar novas crises como a que se desencadeou em 2008. Ocorre que talvez somente mais regulamentação não seja suficiente para barrar novas crises. E se as crises fizeram parte do funcionamento do próprio sistema? Seriam as crises ciclos do próprio capitalismo?

Na última parte do artigo faz-se uma crítica à visão adotada por Posner após a crise apontando seus limites a partir de outra leitura, a obra de David Harvey. Para Harvey, ainda que a capacidade monetária de estimular o crescimento possa ser ilimitada, há aspectos potencialmente limitadores da atividade material (produção, troca e consumo de mercadorias) que são barreiras concretas à acumulação de capital. Essas barreiras se colocam diante da expansão do capital e acabam por gerar crises no sistema. E, ainda quando uma barreira seja superada, nova barreira irá sugerir. Conclui-se com apoio em Harvey que a sugestão de Posner de que uma regulamentação eficiente e políticas monetárias adequadas podem evitar novas crises não é, portanto, suficiente para evitar novas crises.

2. Uma Surpresa: o capitalismo falhou!

Após a crise de 2008 que assolou, inicialmente, os Estados Unidos e depois atingiu outros países (principalmente europeus), Richard Posner escreveu dois livros tratando do tema. O primeiro deles, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, foi publicado em 2009. Esse livro centra-se na discussão sobre quais foram as causas da crise econômica, busca compreender porque a depressão não foi antecipada pelos economistas e, nesse sentido, se lança em um debate sobre a profissão de economista; analisa, ainda, o papel que o governo americano exerceu na crise (os pacotes de medidas adotados no governo de George W. Bush). Como bem adverte Gilmore, o título do livro é sugestivo da opinião de Posner sobre a crise, de que seria “uma” falha e não “a” falha do capitalismo. Apesar disso, não deve se enganar o leitor; pois não é um livro sobre “um fracasso” do capitalismo, tendo em vista que não admite deficiências inerentes ao sistema

¹⁰Cf. reportagem de capa da Revista Carta Capital: *Estado: a mão visível que segura a crise*. Revista Carta Capital - Edição 531 de 4/2/2009.

capitalista¹¹. Ainda de acordo com Gilmore, a melhor explicação para o título do livro do jurista americano é que ele se refere a falhas em atividades do sistema e não ao sistema em si¹².

Posner trata a crise como uma “depressão”: essa é uma decisão importante, pois se trata de um evento mais sério do que uma recessão – descreve a crise de 2008 como a pior crise “econômica desde a Grande Depressão” (Posner, 2009b, p. 315)¹³. Esta depressão é produto de uma crise financeira que resultou, segundo o jurista, da confluência de dois perigosos fatores: baixas taxas de juros no início dos anos 2000 e o movimento de desregulamentação, que começou em 1970 (Posner, 2009b, p. 315).

As baixas taxas de juros teriam contribuído para que as pessoas transformassem suas poupanças em casas e ações, investimentos que, com a subida dos preços, pareciam cada vez mais atraentes. Já a desregulamentação tinha como objetivo inicial a indústria em geral e acabou por desregulamentar também a atividade dos bancos porque, segundo Posner, era uma atividade altamente regulada. Essa desregulamentação financeira percorreu dois caminhos:

Os intermediários financeiros que não eram bancos, tais como bancos de investimento, fundos do mercado monetário, e os fundos hedge, foram autorizados a oferecer cada vez mais substitutos próximos de serviços bancários convencionais. [...]. O segundo caminho foi relaxar as restrições reguladoras sobre os bancos para que pudessem competir com os intermediários financeiros não-bancários que estavam se multiplicando. Cada vez mais os bancos confiaram em crédito de curto prazo que não depósitos, e cada vez mais eles emprestaram tanto a longo como a curto prazo; seus empréstimos, portanto, estavam cada vez mais arriscados. (Posner, 2009b, p. 318, tradução livre)¹⁴

Assim, a desregulamentação financeira acabou por fazer com que os bancos assumissem riscos excessivos e o grande entrelaçamento da indústria financeira fez com que, quando um banco faliu, todo o sistema financeiro também veio abaixo¹⁵.

¹¹“In other words, *A Failure of Capitalism* is not a book about 'a failure' despite Posner's characterization. This is a book about a fairly predictable event in the life of capitalism, as currently configured, where the world's dominant economic system has behaved as it is prone to behave: recklessly and not in the interests of most people.” (Gilmore, 2009, p. 103).

¹²“The best explanation for the semantics in the title choice by Posner is that capitalism in *A Failure of Capitalism* refers to the activities of the economic system and not to the economic system itself. Posner is not explaining 'a' system but is seeking to analyze activity of that system. Thus, the use of the word the could be problematic under such an approach because it would strongly suggest that Posner is referring to the actual economic system and not the activities of that system.” (Gilmore, 2009, p. 104).

¹³Sobre a importância de afirmar que a crise de 2008 é uma depressão, afirma Gilmore (2009, p. 105): “From the beginning, the use of the word *depression* in *A Failure of Capitalism* is an important decision by Posner. The decision to describe the current economic crisis as a depression sets up the overall discussion because the choice of the word immediately suggests that the financial climate we all live in is much worse than many of us currently believe. Depression is the central theme throughout for Posner; he wants the reading public and those most interested in this kind of discourse to alter their thinking in regard to the crisis and begin looking at it more seriously.”

¹⁴“Financial intermediaries that were not banks, such as investment banks, money market funds, and hedge funds, were increasingly permitted to offer close substitutes for conventional bank services. [...]. The second path was relaxing the regulatory restrictions on banks to enable them to compete with the nonbank financial intermediary that were crowding them. Increasingly banks relied on short-term credit other than deposits, and increasingly they lent long as well as short; their lending thus was increasingly risky.”

¹⁵“Deregulation had made the banking industry (broadly defined, as it should be, to include the other financial intermediaries, as they were more and more like banks) more competitive, squeezing profit margins. High leverage enabled small profit margins to become large ones - as long as the rate of default on the banks' loans was low. Leverage magnifies profits, but equally losses, because debts are fixed obligation, due and owing, regardless of how profitable or unprofitable the banks' lending and other investing turn out to be.” (Posner, 2009b, p. 319) Tradução livre: A desregulamentação fez o setor bancário (amplamente definido, como deveria ser, para incluir os outros intermediários financeiros, que eram mais e mais como bancos) mais competitivo, reduzindo as margens de lucro. Alta alavancagem

Porque muitos bancos grandes estavam investindo pesadamente em financiamento de imóveis residenciais, e porque os bancos eram emaranhados financeiramente um com o outro, se um banco enfrentou uma probabilidade de 1 por cento de fracasso, então um grande número também enfrentou. O que significava que se a probabilidade de 1 por cento se concretizasse, então muitos bancos estariam quebrados ou quase quebrados, que todo o sistema de crédito congelaria. E assim aconteceu em setembro de 2008. (Posner, 2009b, p. 322, tradução livre)¹⁶

Apesar disso, Posner afirma que não foi a irracionalidade ou estupidez dos executivos que gerou a colapso do sistema bancário; eles cometeram erros, mas não foram estúpidos. Isso porque o risco que uma companhia pode assumir é diferente do risco que todo o sistema bancário corre, esse é o risco que a nação corre e quem deveria ter respondido por esse risco era o governo¹⁷, regulamentando adequadamente o setor financeiro e o Federal Reserve, que deveria possuir um plano de salvamento para esses casos. Não foi o que ocorreu:

O que é indesculpável é a incapacidade de o Federal Reserve e outras agências econômicas dentro do governo federal terem planos de contingência preparados para a possibilidade, remota como parece, de uma queda do setor bancário que preparou o palco para uma depressão. Quando a crise financeira aconteceu em meados de setembro de 2008, o governo não estava preparado e respondeu com uma série de improvisações que evitaram as consequências mais catastróficas imagináveis da crise, mas não conseguiu evitar uma depressão. As improvisações foram atrapalhadas, incoerentes, mal explicadas; o presidente parecia ausente, tanto quanto preocupado com a economia, durante o período crítico. Mesmo agora, quatro meses e meio após o início da crise, o governo não tem um plano coerente de recuperação. (Posner, 2009b, p. 329-330)¹⁸

E por que os economistas não previram a crise? Segundo Posner, essa cegueira profissional tem um caráter ideológico – hoje os economistas estão focados em teorias microeconômicas e esqueceram as análises macroeconômicas e autores como Keynes, que poderiam ter ajudado nessa previsão. Mas se trata de um erro desculpável:

O fracasso da profissão de economista em compreender os perigos que já produziu a primeira Depressão dos EUA desde 1930 é desculpável. A ideologia tem desempenhado um papel nessa cegueira profissional, mas que é inevitável por causa da dificuldade de testar empiricamente as teorias da depressão e do significado político de depressões e das respostas para elas. A pressão implacável para a especialização cada

habilitava margens de lucro pequenas para se tornarem grande - enquanto a taxa de inadimplência dos empréstimos dos bancos foi reduzida. Alavancagem amplia lucros, mas igualmente as perdas, porque os débitos são obrigações fixadas, devidas, independentemente de quão lucrativos ou não lucrativos viriam a ser os empréstimos e outros investimentos dos bancos.

¹⁶“Because a great many banks were heavily invested in financing residential real estate, and because banks were financially entangled with one another, if one bank faced a 1 percent probability of failure, then a great many did. Which meant that if the 1 percent probability materialized, so many banks would be broke or nearly broke that the entire system of credit would freeze. And so it happened in September 2008.”

¹⁷“What is tolerable risk for a company - that it will very probably go broke sometime during the century - is not for the nation. The risk to the nation is not the bankruptcy of a single major bank but the collapse of the banking industry, precipitating a financial crisis that can bring on a depression - that has done so.” (Posner, 2009b, p. 324)

¹⁸“What is inexcusable is the failure of the Federal Reserve and other economic agencies within the federal government to have prepared contingency plans for the possibility, remote as it seemed, that a crumbling of the banking industry would set the stage for a depression. When the financial crisis hit in mid-September 2008, the government was unprepared and responded with a series of improvisations that did avert the most catastrophic imaginable consequences of the crisis but could not avert a depression. The improvisations were bumbling, incoherent, poorly explained; the President seemed absent, so far as attending to the economy was concerned, during the critical period. Even now, four and half months after the crisis hit, the government has no coherent plan of recovery.”

EALR, V. 4, n° 2, p. 360-376, Jul-Dez, 2013

367

vez maior em disciplinas acadêmicas, pode ter gerado a separação entre os campos das finanças e da macroeconomia, que se tornaram campos separados, com algumas dificuldades de intercomunicação. Mesmo a falha de funcionários e da maioria dos economistas acadêmicos em prestar atenção aos sinais de alerta abundantes do crash que se aproximava, se não é desculpável, é, pelo menos, compreensível [...]. (Posner, 2009b, p. 328, tradução livre).¹⁹

Ainda que os economistas não tenham dado atenção a análises macroeconômicas, Posner o justifica pelas próprias exigências de especialização da profissão. Talvez, com isso, ele também esteja justificando a análise excessivamente microeconômica que a AED projeta para o direito. As impressões que a crise produziu, entretanto, podem abrir os olhos desses teóricos para a necessidade de análises econômicas mais amplas.

O segundo livro, em que Richard Posner discute a depressão, foi lançado em 2010, com o título *The crisis of capitalist democracy*. Segundo o autor, esse título se justifica porque “a crise econômica que começou em 2007 e se tornou crítica em setembro de 2008 atuou como um agente estressor que trouxe a resiliência da nossa democracia capitalista em questão” (Posner, 2010b, p. 6, tradução livre)²⁰.

Na introdução, Posner já adverte quanto às errôneas interpretações feitas do título do seu livro antecessor sobre a crise. Afirma que o título (*A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*) alarmou alguns leitores, que interpretaram-no como uma afirmação de que o capitalismo havia falhado e de que algo diferente seria necessário para substituí-lo. Mas, Posner esclarece que essa não era sua intenção e reafirma sua crença no capitalismo, bem como o que entende por capitalismo:

Creio no capitalismo. Mas o capitalismo não é sinônimo de mercados livres. É o nome dado a um complexo sistema econômico com muitas peças móveis. A compra e venda, investimentos, empréstimos e outras atividades exercidas nos mercados privados são apenas algumas das partes móveis. Outras incluem um sistema de leis para proteger a propriedade e facilitar transações, as instituições para fazer cumprir essas leis e regulamentos destinados a alinhar incentivos privados com o objetivo de alcançar a prosperidade generalizada. Se o quadro regulamentar está com defeito, deve ser mudado, porque a concorrência não irá permitir que os empresários subordinem a maximização do lucro à preocupação com o bem-estar da sociedade como um todo, e a ética não pode tomar o lugar da regulação. (Posner, 2010b, p. 1-2, tradução livre)²¹

¹⁹“The failure of the economist profession to have grasped the dangers that have now produced the first U.S. depression since 1930s is excusable. Ideology has played a role in this professional blindness, but that is unavoidable because of the difficulty of empirically testing rival theories of depression and the political significance of depressions and responses to them. The fact that finance and macroeconomics have become separate fields with some difficulties of intercommunication may have been the inevitable result of the relentless pressure for ever-greater specialization in academic disciplines. Even the failure of officials and of most academic economist to heed the abundant warning signs of the coming crash is, if not excusable, at least readily understandable [...]”.

²⁰“The economic downturn that began in 2007 and turned critical in September 2008 has acted as a stressor that has brought the resilience of our capitalist democracy into question.”

²¹“I believe in capitalism. But capitalism is not a synonym for free markets. It is the name given to a complex economic system with many moving parts. The buying and selling and investing and borrowing and other activities carried on in private markets are only some of those moving parts. Others include a system of laws for protecting property and facilitating transactions, institutions for enforcing those laws, and regulations designed to align private incentives with the goal of achieving widespread prosperity. If the regulatory framework is defective, it must be changed, because competition will not permit businessmen to subordinate profit maximization to concern for the welfare of society as a whole, and ethics can't take the place of regulation.”

Nessa passagem Posner já deixa transparecer algumas mudanças de posição – admite a importância e a necessidade da regulação, justamente porque, ainda que a maximização de lucro seja o objetivo dos capitalistas, ela já não é mais sinônimo de bem-estar da sociedade, nem de ética, podendo produzir crises, como essa que estamos assistindo.

Há na primeira parte de *The crisis of capitalist democracy*, uma longa narrativa em que Posner discute novamente as causas da depressão. Mais uma vez a grande carga de responsabilidade é repassada ao governo, apesar de Posner reconhecer que o governo – em especial o Federal Reserve, pelo Departamento do Tesouro, e, em menor medida, a SEC (Securities and Exchange Commission) – enfrentou momentos difíceis e precisou tomar decisões complexas.²²

Na segunda parte do livro, por sua vez, o autor se pergunta quais lições se pode aprender com a crise e talvez a lição que ele tenha melhor aprendido é da importância da obra de John Maynard Keynes²³. Na terceira e última parte do livro, Posner discute soluções para a crise, faz sugestões para a reforma enfatizando que grandes mudanças são prematuras sem que antes se conclua um aprofundado estudo sobre quais foram as causas da crise.

Assim, com apoio em Keynes nesse livro, Posner vai defender que o sistema bancário privado é instável e pode falhar, derrubando com ele grande parte da economia. Por isso é que um sistema capitalista não pode consistir apenas de mercados livres e o banco central tem um papel fundamental a desempenhar na regulação do sistema financeiro. Pois foi “uma combinação de política monetária defeituosa política e desatenção regulamentar que gerou o colapso do sistema bancário de setembro de 2008” (Posner, 2010b, p. 2, tradução livre)²⁴. Reconhece, Posner que a instabilidade é inerente às economias capitalistas, em que o crescimento real oscila de ano a ano, muitas vezes mergulhando em território negativo de forma irregular, imprevisível. “Essa oscilação é o ‘ciclo de negócios’, embora a palavra ‘ciclo’ seja enganosa, porque sugere um movimento suave em forma de onda, como um pêndulo, o movimento real não é assim” (Posner, 2010b, p. 3, tradução livre)²⁵:

Defendo que precisamos entender a fragilidade inerente de um sistema bancário e, portanto, o perigo de regulação frouxa, incluindo uma política monetária frouxa. E nós precisamos de pensamento econômico fresco sobre o ciclo de negócios, mas o pensamento que se baseia nas ideias originais de John Maynard Keynes, distinto da sua revisão pelos praticantes da “Nova Economia Keynesiana.” Essas idéias centralmente incluem a importância da incerteza quanto distinta do risco calculável na formação do comportamento econômico, a separação da poupança do investimento produtivo, e o papel da confiança e otimismo na formação do ciclo de negócios. Eu faço as críticas que eu fiz aos economistas contemporâneos no primeiro livro, enfatizando agora não apenas a sua falha em antecipar a crise, que foi a

²²De acordo com Orthofer (2010, tradução livre) “Posner se apegava à noção de que instituições financeiras e seus empregados foram (e continuam sendo) o que equivale a atores racionais: dadas as condições, eles agiram razoavelmente tirando proveito de tudo o que podiam. Foi o trabalho do governo para definir (e supervisionar) as condições que limitam o dano que poderia ocasionar – e o governo, em suas várias capacidades (regulatória, legislativa, punitiva, etc) falhou miseravelmente (e continua a não impressionar muito, com a continuidade da crise).” Original: “Posner clings to the notion that financial institutions (and their employees) were (and remain) what amounts to rational actors: given the conditions, they acted reasonably in taking advantage of whatever they could. It was the government's job to set (and oversee) conditions that limited the damage they could do -- and the government, in its various capacities (regulatory, legislative, punitive, etc.) failed miserably (and has continued to not impress greatly as the crisis continues).”

²³Posner afirma: “Keynes was the greatest economist of the twentieth century” (Posner, 2010b, p. 274).

²⁴“A combination of unsound monetary policy and regulatory inattention brought on the banking collapse of September 2008.”

²⁵This oscillation is the “business cycle,” though the word “cycle” is misleading because it suggests a smooth wavelike motion, like a pendulum; the real motion is anything but.

minha ênfase naquele livro, mas também as falhas de entendimento que podem ser resumidos como esquecimento de Keynes. (Posner, 2010b, p. 8, tradução livre)²⁶

Por fim, ao que parece, a crise financeira fez o *grande* jurista norte-americano, representante da escola da AED, acordar para outras possibilidades interpretativas: a economia é mais do que microeconomia. Seu excesso de realismo não lhe possibilitou visualizar para além dos limites das pequenas relações econômicas. Agora, finalmente, ele parece abrir os olhos para a necessidade de se pensar além dos limites de uma pequena relação econômica de custo-benefício.

Como bem afirma Kraus, a redução do risco sistêmico é o alvo normativo dos dois livros de Posner. E reduzir o risco sistêmico implica, justamente, compreender as suas fontes. Essa abordagem, vinda de Posner, representa uma grande mudança: “Esta é uma mudança radical na verdade, porque as ferramentas intelectuais que Posner e o movimento direito e economia têm contribuído são todas microeconômicas” (Kraus, p. 148-149, tradução livre).²⁷

Como Posner admite em seu livro “Eu já sucumbi a esta segunda Falácia do Nirvana em alguns dos meus trabalhos de análise econômica do direito” (2010b, p. 332, nota 41, tradução livre)²⁸. A expressão “Falácia do Nirvana”, seria usada para descrever a crença dominante nas décadas pós-depressão de 1929, na profissão de economista, de que as falhas de mercado podem e devem ser corrigidas pela intervenção do governo (cf. Posner, 2011). O que Posner denomina de “segunda Falácia do Nirvana” é a crença contrária de que os mercados seriam perfeitos e, portanto, autorreguláveis, negava, assim, a necessidade de regulamentação governamental²⁹. Uma das lições que Posner aprendeu com a crise, portanto, é de que nem os mercados são perfeitos e nem os governos conseguem regulá-los sempre de modo a gerar uma “eficiente alocação de recursos”.

²⁶“I argue that we need to understand the inherent fragility of a banking system and the danger therefore of slack regulation, including a loose monetary policy. And we need fresh economic thinking about the business cycle, but thinking that builds on the original ideas of John Maynard Keynes, as distinct from their revision by practitioners of the “New Keynesian Economics.” Those ideas centrally include the importance of uncertainty as distinct from calculable risk in shaping economic behavior, the separation of savings from productive investment, and the role of confidence and optimism in shaping the business cycle. I extend the criticisms I made of present-day economists in the first book, emphasizing now not just their failure to anticipate the crisis, which was my emphasis in that book, but also failures of understanding that can be summarized as forgetfulness of Keynes.”

²⁷“This is a seismic shift indeed, because the intellectual tools that Posner and the law and economics movement have contributed are all microeconomic.”

²⁸“I have succumbed to this second Nirvana fallacy myself in some of my work in economic analysis of law.”

²⁹Sobre outros adeptos dessa segunda “Falácia do Nirvana” afirma Posner (2011): “Alan Greenspan, when he was chairman of the Federal Reserve Board, was a spokesman for this position. It became particularly influential during the administration of the second President Bush, with seriously adverse consequences. The deregulation of the banking industry, which had begun under President Carter and been completed during Clinton’s second term, coupled with extraordinarily lax regulation of the nonbank banks (such as Goldman Sachs, Merrill Lynch, and Lehman Brothers) by the Securities and Exchange Commission (which had the principal regulatory authority over the nonbank banks) under the last chairman appointed by Bush, lax regulation of insurance companies (such as AIG) by state insurance commissioners, lax regulation of Fannie Mae and Freddie Mac by the Federal Housing Finance Agency, and lax enforcement by the Federal Reserve Board and the other bank regulatory agencies of the remaining regulations of commercial banks, were major causes (along with the lax monetary policy of the Federal Reserve in the early 2000s and misleading statements by successive Fed chairmen) of the financial crisis of September 2008 and the ensuing economic downturn—the most serious since the Great Depression.”

3. Limites da Interpretação de Richard Posner da Crise de 2008

Considerando-se que as análises de Richard Posner até a crise de 2008 eram estritamente microeconômicas de custo-benefício, pode-se afirmar que ele ganhou com a crise. A depressão o permitiu visualizar a importância de abordagens macroeconômicas – como a teoria de Keynes – para se compreender a economia. Entretanto, a leitura que Posner faz do capitalismo ainda é limitada. Ele precisaria avançar um pouco mais. Falta-lhe perceber que a crise de 2008 é uma dentre as várias crises que o sistema capitalista enfrentou e irá enfrentar. Ilude-se o jurista, pois não haverá regulação que consiga barrar por completo as crises do capitalismo.

Como bem observa Gilmore, Posner evita, em seus livros, discutir o óbvio: “[...] o capitalismo é sempre em um estado de falha para um grande número da população (a maioria da população mundial de acordo com a maioria das estimativas)” (Gilmore, 2009, p. 104, tradução livre)³⁰.

Entretanto, não há que se esperar muito mais de um autor como Richard Posner que esnoba qualquer tipo de contribuição intelectual que sugira alternativas ao sistema capitalista atual. Posner não é adepto de grandes mudanças, apesar das falhas que agora, finalmente, ele reconhece, o capitalismo é, para o jurista, o melhor sistema econômico. Vejamos, porém, as contribuições que David Harvey oferece para a compreensão das causas da crise econômica de 2008, que avançam consideravelmente face a visão de Posner.

3.1. As Contribuições de David Harvey para se Compreender a Crise de 2008

Em seu livro, *O enigma do capital e as crises do capitalismo*, David Harvey explica que o capital não é uma *coisa*, mas um *processo* em que o dinheiro é continuamente enviado em busca de mais dinheiro. Assim, capital é fluxo – processo colocado em movimento pelos capitalistas. Quando o fluxo se interrompe ocorre uma crise de desvalorização. “A história do capitalismo é a busca por reduzir os atritos de distância e obstáculos à circulação do capital” (Harvey, 2011, p. 43).

A situação de crise vai ocorrer, portanto, justamente quando os excedentes de produção e reinvestimentos estão bloqueados, quando se interrompe a fluidez do capital devido a alguma barreira ou limite. Mas quando não há limites o capital se expande:

Na ausência de quaisquer limites ou barreiras, a necessidade de reinvestir a fim de continuar a ser um capitalista impulsiona o capitalismo a se expandir a uma taxa composta. Isso cria então uma necessidade permanente de encontrar novos campos de atividade para absorver o capital reinvestido: daí o “problema da absorção do capital excedente”. De onde virão as novas oportunidades de investimento? Existem limites? Claramente, não há nenhum limite inerente à capacidade monetária de estimular o crescimento (como se tornou evidente em 2008 e 2009, quando os Estados produziram, aparentemente do nada, trilhões de dólares para salvar um sistema financeiro em crise). (Harvey, 2011, p. 45)

Entretanto, Harvey afirma que Marx contrasta, nos *Grundrisse*, esses potencial ilimitado de acumulação monetária, por um lado, com os aspectos potencialmente limitadores da atividade material (produção, troca e consumo de mercadorias), por outro. Cada limite aparece, então, como uma barreira a ser superada. Há uma luta histórica dentro do capitalismo para converter limites aparentemente absolutos em barreiras que poderiam ser transcendidas ou contornadas.

³⁰ “[...] capitalism is always in a state of failure for huge numbers of the population (most of the world population by most estimates), and that is the system.”

Harvey aponta seis principais barreiras à acumulação e ao fluxo do capital:

O exame do fluxo de capital por meio da produção revela seis barreiras potenciais à acumulação, que devem ser negociadas para o capital ser reproduzido: i) capital inicial sob a forma de dinheiro insuficiente; ii) escassez de oferta de trabalho ou dificuldades políticas com esta; iii) meios de produção inadequados, incluindo os chamados “limites naturais”; iv) tecnologias e formas organizacionais inadequadas; v) resistências ou ineficiências no processo de trabalho; e vi) falta de demanda fundamentada em dinheiro para pagar no mercado. (Harvey, 2011, p. 46-47)

Essas barreiras podem interromper, retardar ou suspender o fluxo do capital, gerando, assim, uma crise do capitalismo. Ainda quando se consiga contornar essas barreiras, transformando-as em obstáculos, elas barreiras nunca são superadas indefinidamente, pois ao se superar uma barreira outra pode sugerir ou outra, ainda, ressurgir:

Qualquer um dos limites ou barreiras potenciais pode retardar ou interromper a continuidade do fluxo de capital e assim produzir uma crise que resulta na desvalorização ou perda do capital. Quando um limite é superado, a acumulação muitas vezes depara-se com outro em algum lugar. [...] As tendências de crise nunca são resolvidas, apenas deslocadas. Acho que está mais de acordo com a frequente invocação de Marx sobre o caráter fluido e flexível de desenvolvimento capitalista identificar esse reposicionamento perpétuo de uma barreira à custa de outra e, assim, reconhecer as múltiplas formas em que as crises podem se formar em diferentes situações históricas e geográficas. Também é vital lembrar-se de que as crises assumem um papel fundamental na geografia histórica do capitalismo como “racionalizadores irracionais” de um sistema inerentemente contraditório. As crises são, em suma, tão necessárias para a evolução do capitalismo como o dinheiro, o poder do trabalho e o próprio capital. (Harvey, 2011, p. 99-100, grifei).

A explicação que Harvey apresenta para as crises do capitalismo como elementos inerentes a esse sistema fundamentalmente contraditório parecem ser mais adequadas quando se pensa em retrospecto histórico: é possível visualizar inúmeras crises ao longo das décadas e a cada uma dessas crises o sistema capitalista precisou se reinventar para que o fluxo do capital fosse novamente posto em marcha.

A partir dessa percepção, Harvey explica que a crise de 2008 se originou ainda na década de 1960, quando um dos principais obstáculos para o acúmulo de capital era a escassez de mão de obra e o “trabalho era bem organizado, razoavelmente bem pago e tinha influência política” (Harvey, 2011, p. 20). Foram utilizados, assim, alguns mecanismos para superar essa barreira: a) estímulo à imigração; b) o capital mudou-se para locais de abundante mão de obra; c) buscou-se tecnologias que economizassem trabalho; d) trabalhadores assalariados foram adicionados à força de trabalho global: com a abertura da China e com o colapso do comunismo, com a integração das populações camponesas e das mulheres; e) as políticas neoliberais buscaram acabar, ainda, com o trabalho organizado por meio do combate à inflação com arrocho na economia e gastos públicos.

Assim, a disponibilidade de mão de obra deixou de ser um problema para o capital (com a ascensão do neoliberalismo durante os anos 1970 e início dos anos 1980), mas o trabalho desempoderado gerou baixos salários e os trabalhadores pobres não constituem um mercado vibrante. O resultado foi que a repressão salarial por causa da oferta de trabalho superabundante gerou o problema da falta de demanda para a expansão da produção.

Vê-se que a superação de um obstáculo para a acumulação de capital – a questão do trabalho – é feita em detrimento da criação de outra barreira, a **falta de mercado**. Esse obstáculo da falta de demanda, por sua vez, também precisava ser superado. A lacuna entre o que o trabalho estava ganhando e o que ele poderia gastar foi, então, preenchida pela indústria dos cartões de crédito e aumento do endividamento.

Com isso, o sistema de crédito e as instituições que se especializaram na reunião e distribuição do dinheiro (bancos e outras instituições financeiras não bancárias) tornaram-se cada vez mais significativas dentro do sistema capitalista, passaram a controlar a oferta e a demanda dentro do mercado.

No âmago do sistema de crédito está o que Harvey denomina de “nexo Estado-finanças”:

existem estruturas de governança (como o poder sobre a confecção da moeda real no passado e os bancos centrais e ministérios do tesouro hoje) nas quais a gestão do Estado para a criação do capital e dos fluxos monetários torna-se parte integrante, e não separável, da circulação do capital. A relação inversa também se sustenta na medida em que impostos ou empréstimos fluem para os cofres do Estado e na medida em que as funções do Estado também se monetarizam, mercantilizam e privatizam. (Harvey, 2011, p. 47-48)

Esse nexo Estado-finanças passou a funcionar, há muito tempo, aponta Harvey, como o “sistema nervoso central” da acumulação do capital³¹. Quando os sinais internos de seu funcionamento dão errado, então, obviamente, as **crises** surgem: trata-se da crise de 2008.

E a partir da década de 1970 há uma intensificação das crises financeiras, Harvey esclarecer o porquê:

A taxa de capitalização do crescimento da acumulação do capital global coloca uma pressão imensa sobre o nexo Estado-finanças para encontrar formas novas e inovadoras de reunir e distribuir quantidades de capital-dinheiro, [...]. Muitas das inovações financeiras recentes foram projetadas para superar as barreiras impostas pelos arranjos institucionais e regulatórios pré-existentes. A pressão para desregulamentar tornou-se aparentemente irresistível. Mas os movimentos desse tipo invariavelmente criam uma probabilidade séria de o financiamento tornar-se selvagem e desenfreado, gerando uma crise.” (Harvey, 2011, p. 52, grifei)

Como apontou também Richard Posner, a partir de 1970 ocorreu, especialmente nos Estados Unidos, um movimento de desregulamentação. Harvey expõe um dos principais problemas dessa desregulamentação: aumentou o financiamento selvagem e desenfreado, que acabou gerando a bolha imobiliária e, conseqüentemente, a crise de 2008.

Por fim, embora o que nos apareça mais superficialmente como causa da crise seja a bolha imobiliária, há por traz da crise, uma barreira ao movimento de expansão do capital:

A visão sinóptica da crise atual diria: embora o epicentro se encontre nas tecnologias e formas de organização do sistema de crédito e do nexo Estado-finanças, a questão subjacente é o empoderamento capitalista excessivo em relação ao trabalho e à consequente repressão salarial, levando a problemas de demanda efetiva acentuados por um consumismo alimentado pelo crédito em excesso em uma parte do mundo e por uma expansão muito rápida da produção em novas linhas de produtos na outra parte. (Harvey, 2011, p. 100, grifei)

A expansão da produção a que se refere Harvey trata-se da produção na China que pode, ainda, gerar, apontam autores como François Chesnais, uma nova fase na atual crise econômica que já é mundial: uma crise de superprodução (Chesnais, 2008).

As crises sucedem-se, portanto, no capitalismo. E continuarão a ocorrer, uma após a outra, tendo diferentes ou semelhantes causas, após o capital buscar ultrapassar as barreiras para sua

³¹ “[...] o nexo Estado-finanças tem todas as características de uma instituição feudal, repleta de intrigas e passagens secretas, exercendo um poder estranho e totalmente antidemocrático, não apenas sobre como o capital circula e se acumula, mas sobre quase todos os aspectos da vida social.” (Harvey, 2011, p. 52)

acumulação. Como conclui Harvey, fica-nos a advertência quanto às racionalizações que a atual crise está a produzir.

[...] as crises são, de fato, não apenas inevitáveis, mas também necessárias, pois são a única maneira em que o equilíbrio pode ser restaurado e as contradições internas da acumulação do capital, pelo menos temporariamente, resolvidas. As crises são, por assim dizer, os racionalizadores irracionais de um capitalismo sempre insaciável. Durante uma crise, como esta em que estamos agora, é sempre importante manter essa fato em mente. Temos sempre a perguntar: o que está sendo racionalizado aqui e que direção estão tomando as racionalizações, uma vez que isso é o que vai definir não apenas a nossa forma de saída da crise, mas o caráter futuro do capitalismo? Em tempos de crise há sempre opções. Qual delas é escolhida depende criticamente da relação das forças de classe e das concepções mentais sobre o que poderia ser possível. (Harvey, 2011, p. 65, grifei)

Para responder a pergunta que Harvey faz ousou concordar com Posner: ainda não é possível saber que rumo estamos escolhendo, se é que há algo sendo racionalizado. As políticas governamentais para a superação da crise não sugerem grandes mudanças no capitalismo, na sua maneira de operar como sistema predatório e desigual e, nem mesmo, na direção proposta por Richard Posner (de que haja mais regulamentação no mercado financeiro). A relação das forças de classe permanece muito semelhante ao período pré-crise: o nexos Estado-financeiras está definindo os rumos dos países. Ainda que alguns movimentos como *Occupy* tenham se posicionado contra a lógica desigual do sistema e exigido mudanças, essas parecem distantes. Ao menos algumas mentes ousam avançar para pensar “outras possibilidades” para além do capitalismo, David Harvey está entre elas. Esse alento sugere que ainda há esperança.

4. Conclusões

Em um período de crise, sempre há opções, adverte David Harvey. Os autores marxistas como Harvey visualizam a crise do capitalismo como um momento para que mudanças aconteçam, podem ser mudanças que meramente indiquem um novo caminho para acumulação de capital ou mudanças estruturais no sistema. O tipo de mudança que irá ocorrer depende da conjugação das forças de classe que se configura em um determinado momento histórico e, também, da capacidade de se pensar em alternativas.

Richard Posner demonstrou com seus dois livros sobre a crise financeira que ele não é muito bom em pensar alternativas, na verdade, ele se recusa a pensá-las. Para ele, a prática nos ensina que, ainda que algumas crises venham a ocorrer, o capitalismo é o melhor sistema econômico do qual podemos dispor. Além disso, a cegueira ideológica que ele afirma ter tomado conta dos economistas antes da crise, também lhe acometeu: ele se surpreendeu com a crise, não percebeu a crise se aproximar devido a essa cegueira. A depressão que os Estados Unidos enfrentam desde 2008 foi como uma tempestade que, de certa maneira, varreu algumas *verdades* de Posner e seus colegas da AED, verdades como a crença no mercado autorregulado e na proeminência de análises microeconômicas de custo-benefício.

Porém, a crise ainda não foi o bastante para tirar totalmente a venda de economistas e do próprio Richard Posner: insistem que uma regulamentação eficiente e políticas monetárias adequadas podem evitar novas crises³². Posner e seus colegas economistas não percebem um alerta

³²Como bem enfatiza Jacques Rancière: “Que os governos sejam os simples agentes de negócios do capital internacional, essa tese outrora escandalosa, de Marx é hoje a evidência quanto à qual ‘liberais’ e ‘socialistas’ concordam. A identificação

que Marx já havia feito: ainda que a capacidade monetária de estimular o crescimento possa ser ilimitada, há aspectos potencialmente limitadores da atividade material (produção, troca e consumo de mercadorias) que são barreiras concretas à acumulação de capital. Essas barreiras se colocam diante da expansão do capital e acabam por gerar crises no sistema. E, ainda quando uma barreira seja superada, nova barreira irá sugerir. As crises são, portanto, inevitáveis.

Mais do que inevitáveis, as crises do capitalismo são necessárias, porque são “os racionalizadores irracionais de um capitalismo sempre insaciável”, enfatiza Harvey. Assim, enquanto Richard Posner não conseguir retirar totalmente a venda dos olhos continuará cego a própria irracionalidade do sistema capitalista. Novas crises virão para derrubar suas verdades de “racionalidade do sistema”.

A única maneira de se evitar essas crises é pensar em alternativas e não meramente buscar controlar o sistema, por meio de novas normatizações, como sugere Posner. Ainda que o arauto do livre mercado tenha se transformado em um keynesiano, falta-lhe perceber historicamente as crises do capitalismo para visualizar como são inerentes ao próprio sistema.

5. Referências

- Aguilera, Emilio Congregado Ramírez de; Hernández, Ignacio J. Pomares; Matías, Elena Rama (2001). Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. *Derecho y conocimiento*, Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información, Universidade de Huelva, Huelva, Espanha, 1, 331-339. Disponível em <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B04.pdf>.
- Chesnay, François (2008). El fin de um ciclo. Alcance y rumbo de la crisis financeira. In Grupo de Pesquisa Políticas para o Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduados em Economia Política, Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP), *Primeiro Dossiê de textos marxistas sobre a crise mundial*, 14-44.
- Coelho, Cristiane de Oliveira (2007). *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência*: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>.
- Giacomuzzi, José Guilherme (2005). As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, a. XXVII, 31(2), 155-190.
- Gilmore, Brian (Outono de 2009). Judge Posner's A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression: A Review. *Journal of Affordable Housing & Community Development Law*, 19(1), 103-121. Disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/forums/affordable/mo/premium-ah/fall09/gilmore19_1.authcheckdam.pdf.
- Harvey, David (2011). *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo.
- Kraus, Wladimir (2011). The financial crisis: a crisis, too, for law and economics? *Critical Review Foundation*, Helotes, Texas, 23(1-2), 147-168.
- Orthofer, Michael A (20 de março de 2010). *The complete review's Review: The crisis of capitalist democracy*. Disponível em <http://www.complete-review.com/reviews/posnerr/crisis.htm>.

absoluta da política com a administração do capital não é mais o segredo vergonhoso que as ‘formas’ da democracia viriam mascarar, é a verdade declarada com a qual nossos governos se legitimam” (Rancière, 1996a, p. 115).

- Posner, Richard (Inverno de 2005). El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, Peru: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2(7), 7-16. Disponível em <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>.
- Posner, Richard (2007). *Problemas de filosofia do Direito* (Jefferson Luiz Camargo, Trad.). São Paulo: Martins Fontes.
- Posner, Richard (2009a). *Para além do Direito* (Evandro Ferreira e Silva, Trad.). São Paulo: Martins Fontes.
- Posner, Richard (2009b). *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. USA: Harvard University Press.
- Posner, Richard (2010a). *Direito, pragmatismo e democracia* (Teresa Dias Carneiro, Trad.). Rio de Janeiro: Forense.
- Posner, Richard (2010b). *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press.
- Posner, Richard (18 de setembro de 2011). The Nirvana Fallacy Revisited-Posner [On-line]. Chicago: Richard Posner e Gary Becker. Disponível em <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/the-nirvana-fallacy-revisitedposner.html>.
- Rancière, Jacques (1996). *O desentendimento – política e filosofia* (Ângela Leite Lopes, Trad.). São Paulo: Ed. 34.
- Rosa, Alexandre Moraes (2011). Crítica ao discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito. In Rosa, Alexandre Moraes; Aroso Linhares, José Manuel (Org.). *Diálogos com a Law & Economics* (2 ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Salama, Bruno Meyerhof (2010). A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In Lima, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva. No prelo.
- Sztajn, Rachel (2005). Law and Economics. In Zylbersztajn, Decio; & Sztajn, Rachel (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 74-83.
- Zanatta, Rafael (2010). *Direito, Economia e Desenvolvimento: influência do Banco Mundial nas recentes reformas do judiciário brasileiro*. 187 f. Monografia (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, Aprovado em 03/12/2010.