

EDSON SILVA DA COSTA

***A LAW AND ECONOMICS* COMO RESPOSTA DO SISTEMA
JURÍDICO AO MODELO ECONÔMICO NEOLIBERAL**

SUMÁRIO

RESUMO	3
PALAVRAS-CHAVE:	3
ABSTRACT	4
(KEY WORD) PALAVRAS-CHAVE:	4
INTRODUÇÃO.....	5
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	7
1.1 O AMBIENTE CRIADO PELA ÉTICA PROTESTANTE	7
1.2 MODERNIDADE (PÓS-MODERNIDADE)	8
1.3 NEOLIBERALISMO	9
2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	12
2.1 A EFICIÊNCIA COMO METAVALOR	14
3. CRÍTICAS	17
4. CONCLUSÃO	19
BIBLIOGRAFIA	21

RESUMO

No mundo pós-moderno, com ideais neoliberais, os cidadãos são consumidores de justiça¹ e, portanto, deve-se realizar a máxima satisfação dos indivíduos conjugado com o melhor interesse do mercado, pretendendo-se sempre a mais rápida entrega da prestação jurisdicional.

O modelo econômico de gestão de processos é necessário para agilidade na solução de conflitos, porém, todo processo para ser decidido, conforme as regras do jogo democrático, depende custo de tempo e dinheiro “*incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações.*”²

Este trabalho tem o escopo de fomentar a discussão e alertar sobre os riscos que uma análise puramente econômica do direito, como a proposta pelo movimento *Law and Economics*, gera, o qual, inclusive já se faz presente no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE:

Análise Econômica, Direito, *Law and Economics*, Neoliberalismo.

¹ José Manoel Aroso Linhares em ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 156.

² ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 62.

ABSTRACT

In post-modern world, with neoliberal ideals, citizens are consumers of justice and, therefore, must achieve the maximum satisfaction of the individuals conjunction with the best interest of the market, wishing always the more rapid delivery of the jurisdictional provision.

The economic model of procedures management is necessary for agility in resolving conflicts, however, the entire process to be decided, according to the rules of the democratic game, spends cost with time and money "incompatible with the speed immediately that the dynamics of the market requires, constituting a high cost increased to the transactions. "

This work has the scope of encouraging discussion and alert on the risks that a purely economic analysis of law, such as proposed by the movement Law and Economics, generate, which, including already is present in the homeland legal ordainment.

(KEY WORDS) PALAVRAS-CHAVE:

Economic Analysis, Right, *Law and Economics*, Neoliberalism.

INTRODUÇÃO

No início dos anos de 1990, havia uma imensa criminalidade cometida por adolescentes nos Estados Unidos e, em 1995 fez-se várias previsões, a mais otimista previa um aumento de 15% da criminalidade e a pessimista de 100%³.

Ao contrário disso, a criminalidade diminuiu na década seguinte em mais de 50%, que Dubner, Stephen J., atribui à autorização judicial de aborto, no caso que ficou conhecido nos Estados Unidos por Roe x Wade, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973.

Para Dubner, isso se deveu porque a maioria dos casos de crimes violentos é praticada por pessoas que cresceram sem ambiente familiar ou em “*ambiente familiar adverso*”⁴ e com a legalização do aborto, muitas mulheres que criariam filhos nessa situação (pobres, solteiras e adolescentes) e teriam mais probabilidade do que outras crianças de se tornarem criminosos, simplesmente não nasceram.

Agora, com a legalização do aborto, essas mulheres que não tinham acesso a esse meio, porque caras, puderam fazê-lo e esse fato produziria efeitos anos mais tarde, “*justamente quando essas crianças não-nascidas atingiriam a idade do crime, o índice de criminalidade começou a despencar*”.

Em uma análise puramente econômica de custo benefício, dissociada da moral, um método de redução da criminalidade é a legalização do aborto e oferecimento pelo Sistema Público de Saúde.

Outro caso que poderia levar a uma conclusão equivocada e irracional é o da lendária história do czar que para tentar reduzir o índice de doenças no Estado, determinou a realização de estudo comparativo entre o número de médicos em determinada região e a incidência de doenças.

O estudo constatou que a província que possuía o maior número de médicos é a que apresentava maior incidência de doenças.

³ DUBNER, Steve J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta* : as revelações de um economista original e politicamente incorreto. Stephen Dubner, Steven Levitt ; tradução Regina Lyra. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 7ª Reimpressão.

⁴ *Ibidem*, p. 18.

A solução encontrada pelo czar foi a de ordenar o fuzilamento de todos os médicos.

Essas poderiam ser respostas hiperbólicas ao problema da criminalidade ou de incidência de doenças dadas pela Análise Econômica do Direito (AED), utilizada pelo movimento *Law and Economics*, que é abordada neste trabalho.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 O AMBIENTE CRIADO PELA ÉTICA PROTESTANTE

Max Weber, no seu *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*⁵, demonstra que o desejo de ganho, o impulso para o lucro, “*do dinheiro, da maior quantidade possível de dinheiro*” sempre existiu nos homens, não se confundindo com o capitalismo, podendo, este, ser uma limitação desse “*impulso irracional*”, vez que “*sempre foi contrário ao sentimento ético de todas as épocas*”.

O homem medieval, com sua cultura religiosa católica muito presente, seguia o dogma de que o lucro era “*algo normal e inevitável*” desde que obtido com ética, mas sem o desejo de acumulá-lo excessivamente, demonstrado no trecho da oração típica católica “*dai-nos hoje o pão de cada dia*”.

E, poderia ter evitado o acúmulo excessivo de capital, porém, a Igreja condena o herege, mas perdoa o pecador e, por isso, permitiu que se acumulassem riquezas, especialmente porque com a morte dos ricos, grande quantia de sua fortuna se revertia em favor da instituição religiosa para pagamento de “*dívidas de consciência*”.

Claro que o capitalismo, com seu mote de maximização de riqueza, não surgiu, nem se desenvolveu devido à reforma protestante, mas ela lhe criou um ambiente completamente favorável, ao liberar o homem dos deveres para com a família, o lar e das obrigações éticas, incorporando a idéia de que o homem deve comprometer-se “*com as coisas mundanas para receber o pão de cada dia*”, até porque, “*a fé deveria ser provada com resultados objetivos*”, ou seja, com sucesso financeiro.

E, esse mesmo capitalismo, impulsiona agora a invasão exagerada do direito pela economia, no movimento denominado *Law and Economics*.

⁵ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

1.2 MODERNIDADE (PÓS-MODERNIDADE)

Antes de iniciar-se este capítulo, importante alertar que, apesar de não ser objeto deste trabalho a análise da pós-modernidade, ela é necessária, de forma, resumida, para se compreender o estágio atual da invasão do direito pela economia e o movimento *Law and Economics*.

O homem tende a fracionar os momentos históricos da humanidade, para explicar seus fenômenos e o pensamento dominante da época, com marcos históricos para início e fim de cada período, por exemplo, a Revolução Francesa (1776)⁶ como início da moderna.

A revolução industrial marcou o período denominado época contemporânea e, a partir de aí, não se sabe exatamente se e quando terminou, mas o atual é usualmente denominado de pós-moderna.

O quase consenso acaba na terminologia, porque esse “pós-modernismo” é entendido por alguns como a retomada dos ideais modernistas, como segunda modernidade, exacerbação desses ou simplesmente a derrocada de seus princípios.

Assim como a nossa geração intitulou as anteriores, mediante seus feitos históricos e evolução das idéias, melhor seria que a atual deixasse para as próximas efetivamente caracterizá-la e denominá-la, cabendo agora somente nominar de época atual ou novamente contemporânea e a partir daí, discutir os fenômenos presentes, como a denominada “modernidade líquida”.

Modernidade líquida como metáfora utilizada por Zygmunt Bauman⁷, para identificar o estágio da era moderna, no qual, os sólidos (valores) pré-modernos estão em desintegração e o homem atual, que possui valores líquidos, porque facilmente moldáveis e alteráveis, pretende construir novos sólidos, mais duradouros, com base nos motivos econômicos.

Essa modernidade, pós-modernidade ou época contemporânea, com todas as críticas aos termos, tem como principal característica, nessa quadra da história, o capitalismo e seus

⁶ Marco da Revolução Francesa foi a tomada de Bastilha ocorrida em 1789.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2001.

ideais neoliberais dominantes que favoreceu um ambiente propício para uma profunda e dominante análise econômica do direito.

1.3 NEOLIBERALISMO

Thomas Hobbes e Jeremy Bentham foram um dos precursores do positivismo clássico, antes Sócrates e Aristóteles já poderiam ser chamados de positivistas porque pregavam o respeito às leis das cidades, até chegar-se aos jusfilósofos atualmente mais consultados nas universidades nacionais, Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

Esse positivismo tentou definir exatamente o campo de atuação do direito, separando-o das demais ciências, como sociologia, política e até da economia.

Esse intento esteve fadado ao insucesso, desde o início, porém, inaugurou uma importantíssima delimitação fronteiriça entre o direito e economia.

O positivismo jurídico moderno fornece legitimação para as doutrinas políticas, especialmente a da escola liberal, porque um de seus princípios básicos é a igualdade perante a lei, que justifica o estado de direito.

A escola liberal clássica fundava-se pela defesa da propriedade privada, liberdade econômica, (liberdade da empresa, propriedade, indústria e de câmbio) mínima participação do estado nos assuntos econômicos e a citada igualdade perante a lei.

Essa igualdade pressupõe que todos os indivíduos possuem capacidade plena de fazer as melhores escolhas dentre as opções possíveis do ambiente social e que o mercado livre sempre é capaz de equilibrar todos os interesses da sociedade.

Sob esse modelo, o mundo vivenciou as duas grandes guerras modernas, sendo que após a segunda, foi posto em xeque, momento em que a grande maioria dos Estados democráticos desenvolveu o modelo do Bem Estar Social (Welfare State)⁸ ou Estado Social, no qual se primava pela realização dos direitos sociais, como concretização dos direitos do homem, como à moradia, saúde, educação, integração social, ressocialização dos presos, em substituição ao anterior modelo liberalista.

⁸ Importante, neste ponto a crítica de que o Brasil, sequer chegou a efetivá-lo, vez que teve desenvolvimento social tardio, conforme alerta Lenio em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Nesse modelo, o Estado não mais deixa o mercado se auto-organizar e interfere efetivamente na ordem econômica e social.

Logo os Estados começaram a sentir o custo de implantação dos benefícios sociais e a perceber o sentido do notável jargão econômico da infinita necessidade humana em contraponto à escassez de recursos e, aos poucos, com a inércia dos países socialistas, na década de 80, alguns Estados, especialmente os EUA, começaram a realizar o cálculo econômico (custo) dos direitos sociais e reavivar as idéias liberais.

Com a escassez de recursos, o desenvolvimento econômico moderno, a evolução tecnológica e o fenômeno da globalização⁹, o mundo retoma alguns motes do liberalismo, agora em nova roupagem, denominada neoliberalismo que, conforme Garapon, é uma “*extensão do paradigma econômico a todos os âmbitos da sociedade e da vida individual*”¹⁰ no qual o mercado é seu princípio elementar¹¹, buscando-se a maximização de benefícios sociais ao menor custo.

O sistema neoliberal, que é a aplicação dos princípios liberais numa realidade econômica pautada pela globalização e por novos paradigmas do capitalismo, funda-se na propriedade privada e liberdade de contratar, desprezando-se alguns direitos sociais, sob a proposição de que certos direitos sempre serão insatisfeitos.

O mercado torna-se, portanto, justificativa do Estado, deixando a pobreza como mero “custo do sistema”¹² e, sob o discurso das causas humanitárias, controlam o capitalismo em todo o mundo, tendo como principal *slogan* o do capitalismo democrático, incutindo na população o ideário de que não existe democracia sem capitalismo¹³, gerando com isso, maior disparidade social (riqueza nas mãos de poucos e pobreza para os demais).

Porém, para amenizar os conflitos entre os detentores da riqueza e os demais, naturaliza-se a diferença social, sob o argumento de que todos têm liberdade para acumular riquezas e, por isso, os pobres não devem ser invejosos.

⁹ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, passim.

¹⁰ GARAPON, Antonie. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité**. Revista *Espirit*, nº 349, novembro de 2008 (p. 98/122), passim.

¹¹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 11. Texto Original: “*O mercado como princípio formal será o grande elemento catalisador do Sistema neoliberal.*”

¹² *Ibidem*, p. 49.

¹³ *Ibidem*, passim.

A análise de custo benefício recompensa todas as relações pessoais e, o melhor interesse do mercado torna-se princípio.

Claro que o direito não poderia ficar imune a esse modelo pós-moderno de neoliberalismo e, agora, “*as decisões judiciais devem estar atreladas ao critério fixado da ordem espontânea: o melhor interesse do mercado.*”¹⁴, servindo o direito somente para o fim de crescimento econômico, cabendo ao Estado, resguardar a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 42.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nessa ânsia neoliberal, na época de 1970, surgem movimentos que buscam aproximar as ciências econômicas da jurídica, como o da análise econômica do direito.

Vários estudiosos já clamavam para se abordar o direito a partir dos métodos científicos da economia, ou seja, realizar uma análise econômica do direito, mas esse movimento, chamado de *Law and Economics*, ganhou força principalmente na década de 60, com os estudos dos norte-americanos Ronaldo Coase, Richard A. Posner, da Universidade de Chicago e Guido Calabresi, de Yale¹⁵.

Sob o discurso de que há uma deficiente qualidade do Sistema de Justiça, responsável pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial (neoliberalismo), surge com maior intensidade esse movimento que sustenta a implantação dos modelos neoliberais ao direito, para satisfação dos direitos fundamentais neoliberais, que são a propriedade privada e liberdade de contratar.

No atual estágio do desenvolvimento, a tensão entre direito e economia aumentou e a análise econômica do direito (AED) apresenta respostas, indica limites ou sua falta entre eles, nessa sociedade moderna, que se caracteriza por sua complexidade, “*onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer*”¹⁶.

A *Law and Economics* é uma resposta às incertezas do direito jusnaturalista por outra mais objetiva e segura, outorgada pelo positivismo liberal de ciências mais empíricas e mensuráveis¹⁷, que ganhou força, segundo Alexandre Morais, por três fatores principais: a-) a construção de um estudo teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner); b-)

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 55.

¹⁶LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010, p. 23.

proeminência do discurso neoliberal e c) imbricamento entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*¹⁸.

Para Garpon, porém, esse movimento (AED) é somente um apogeu da modernidade, com mudança de paradigmas em face dos juristas clássicos¹⁹.

Como as constituições da segunda metade do século passado são, na grande maioria, voltadas ao bem-estar social, para que a análise econômica impregne o sistema jurídico, necessária a “*revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria constituição*”, que são *um estorvo a ser eliminado em nome da eficiência econômica*”²⁰.

Importante aqui já destacar que o caso do Brasil e dos demais países de desenvolvimento tardio, como os da América do Sul, em geral, a interferência é ainda mais incisiva porque os direitos sociais não foram fruto de conquistas democráticas, mas sim, de constituições que os instituíram e longe de serem concretizados²¹.

Na matriz metodológica proposta, o sistema jurídico ótimo “*é o que se apresenta por leis claras e eficazes, tuteladoras da propriedade e dos contratos, em face da (dita) ‘autonomia da vontade’ tornando, assim, uma peça chave para o crescimento econômico de longo prazo*”²².

Para David Weisbrot, presidente da Comissão Australiana de Reforma do Judiciário, os problemas que prejudicam o desempenho econômico dos países em desenvolvimento são, na maior parte das vezes, devidos à justiça morosa, parcial e imprevisível²³.

O mercado, como motivo neoliberal, é a própria razão do Estado e o direito deve maximizar o lucro e facilitar a acumulação de riquezas, “*tendo na eficiência de mercado o critério normativo para avaliar o direito legítimo e o processo decisional jurídico efetivo.*”²⁴

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 58.

¹⁹ GARAPON, Antonie. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité**. Revista *Espirit*, nº 349, novembro de 2008 (p. 98/122), passim.

²⁰ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 75.

²¹ SALDANHA, Jania Maria Lopes. **A Jurisdição partida ao meio. A (in) visível tensão entre eficiência e efetividade**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário nº 06 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, orgs. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, (pp. 75/100).

²² ROSA, op. cit., p. 69.

²³ LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010, p. 40.

Para combater essas características prejudiciais, a *Law and Economics* (LAE) apresenta soluções, por órgãos de fomento, como o Banco Mundial, a serem seguidas especialmente pelos países de desenvolvimento tardio ou em desenvolvimento.

Essas referidas diretrizes foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, especialmente com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que promoveu a nomeada “Reforma do Judiciário”.

Retoma-se, então, o mito do positivismo de que se pode mudar a sociedade mediante elaboração de leis, assim como o homem pode controlar a natureza conhecendo suas leis²⁵.

Essa Análise Econômica do Direito, promovida pela *Law and Economics*, atua no sistema macro, organização e administração da justiça e micro, decisão judicial.

Analisa-se algumas dessas características e soluções/determinações apresentadas.

2.1 A EFICIÊNCIA COMO METAVALOR

No mundo pós-moderno, com ideais neoliberais, os cidadãos são consumidores de justiça²⁶ e, portanto, deve-se realizar a máxima satisfação dos indivíduos.

A declaração dos direitos sociais é “*o meio para assegurar a maior felicidade ao maior número de pessoas e não como garantias dos direitos inerentes ao sujeito e ligadas ao indivíduo*”²⁷.

Para os consumidores da justiça e para o melhor interesse do mercado, aquela é melhor quanto mais rapidamente entrega sua prestação jurisdicional.

Conforme pesquisa realizada no ano de 2006, pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO, constatou-se que nos últimos 50 anos, enquanto a população brasileira triplicou por três (03) vezes, o número de processos judiciais aumentou em oitenta

²⁴ LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010, p. 24.

²⁵ Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone, 1995, passim.

²⁶ José Manoel Aroso Linhares em ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 156.

²⁷ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 209.

(80) vezes, elevando-se ao patamar de (17) milhões de processos anualmente distribuídos nos tribunais do país²⁸.

Com o atual sistema de solução de conflitos, essencialmente pela via judicial, impossível absorver todo esse fluxo crescente de demandas.

Para atender à crescente demanda do mercado consumidor de justiça e reduzir custo da produção, o sistema jurídico e econômico, pela Análise Econômica do Direito, apresentaram como solução o modelo fordista de produção em massa, com padronização das decisões, *baremitizations*²⁹, no qual há julgamentos por apreensão de sentidos, devendo-se decidir o maior número de processos, com o menor custo.

Atendendo à cartilha do Banco Mundial, o sistema jurídico deu como respostas as súmulas vinculantes³⁰, recursos repetitivos³¹, decisão de improcedência conforme histórico do juízo³², “valor de duração razoável do processo”, produtividade como critério de promoção de magistrados e simplificação de ritos e a negociação.

O instituto da transação penal, por exemplo, previsto na Lei nº 9.099/95 é uma forma de negociação na melhor análise custo benefício, no qual o suposto infrator, aceita uma pena restritiva de direitos em substituição ao próprio processo, ou seja, há um rápido resultado, pelo menor custo e ainda, atende aos ditames neoliberais de satisfação pessoal, porque a vítima subsume seus interesses aos da sociedade, vez que participa ativamente no deslinde processual, pela composição civil dos danos e no exercício do direito de representação.

Essas alterações são um passo importante na gestão de processos, porque como é notório, há os chamados demandantes habituais, que abarrotam o Poder Judiciário, como o Estado, com suas unidades federadas e um pequeno conjunto de empresas que *“se encontram como requeridas em processos judiciais absolutamente recorrentes envolvendo os segmentos bancários (alienações fiduciárias, leasing, arrendamento mercantil), telefonia, administração de cartões de crédito”*³³

²⁸ LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010, p. 42, referência à ETCO. *Análise Justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006, p. 14.

²⁹ Tabela de decisões.

³⁰ Emenda Constitucional nº 45/2004.

³¹ Lei nº 11.672/08.

³² Lei nº 11.277/2006.

³³ LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010, p. 55.

Esses demandantes, racionalmente escolhem não implantar meios de atendimento aos direitos dos consumidores e, optam por demandar na justiça, porque o sistema é moroso e mais vantajoso economicamente.

Uma solução de conflitos imediata e com a certeza de decisão desfavorável inibiria esses abusos do direito de litigar.

A segurança é outra pretensão do neoliberalismo incorporada pela AED, porque, conforme estudos econômicos, a incerteza jurídica é um dos maiores inibidores de investimento de capital estrangeiro em um país.

A standardização da produção judiciária atenderia a esse requisito, vez que “não tem como objeto somente a eficiência: ela visa, igualmente, a certa previsibilidade que incite o jurisdicionado a fazer escolhas com conhecimento de causa. A justiça neoliberal transfere o peso da decisão para os jurisdicionados, considerados como atores racionais”³⁴.

As súmulas vinculantes são a melhor solução a esse intento neo positivista liberalista, porque pretendem apreender os sentidos, impedindo interpretação diversa do ordenamento jurídico dada por elas, conjugado com o mito positivista de que uma linguagem rigorosa e clara impediria interpretações.

Com isso, relega-se aos juristas, que deveriam voltar a ser chamados de operadores de direito, como pretendia os positivistas clássicos, o papel de somente indicar ao cidadão qual a melhor opção pré-ordenada pelo sistema jurídico.

No tocante às decisões, a AED pretende um constrangimento racional do magistrado, para que sempre decida conforme o melhor interesse do mercado, para maximização de riquezas.

Com isso, todos os casos complicados ou difíceis (*hard cases*) devem ser resolvidos pelos enunciados das súmulas ou se analisando e decidindo da forma como o mercado resolveria a questão, para otimização de lucros com o menor custo possível.

Nessa matriz, também se deve sempre garantir a liberdade de contratar e o cumprimento dos contratos, com a pretensão de que em todos os contratos as partes envolvidas têm ampla liberdade e igualdade de contratar.

Substitui-se, com isso, a democracia (das leis) pelo melhor interesse do mercado.

³⁴ GARAPON, Antonie. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité.** Revista Espirit, n° 349, novembro de 2008 (p. 98/122), passim.

3. CRÍTICAS

O modelo econômico de gestão de processos é necessário para agilidade na solução de conflitos, porém, todo processo para ser decidido, conforme as regras do jogo democrático, depende custo de tempo e dinheiro *“incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações.”*³⁵

Aristóteles e Platão acreditavam *“que a verdade poderia ser apreendida da essência das coisas, o ente é conhecido pelo que ele é apreendido pelo sujeito, o sujeito estava assujeitado”*³⁶.

Essa metafísica já fora superada pela hermenêutica e teoria da linguagem há muito tempo, inclusive anteriormente pela metafísica moderna (filosofia da consciência³⁷) e retomar seus mitos é retroceder milênios na história e abandonar toda a evolução do pensamento filosófico contemporâneo.

A lógica do melhor interesse do mercado justificou todas as espécies primitivas de subjugação do homem pelo homem, conhecidas pela humanidade, como as guerras e escravidão.

Pela AED, *“o sujeito não está mais no centro do universo jurídico. Ele é substituído, nesse centro, pela lei do mercado.”*³⁸

Utilizando um exemplo local do MERCOSUL, verifica-se a instalação de várias empresas estrangeiras em países fronteiriços ao Brasil, pelo simples fato de que a legislação ambiental desses Estados autorizam sua instalação, mesmo que em detrimento do meio ambiente e das futuras gerações, pelo simples interesse do mercado.

Desprezar as conquistas democráticas e abandonar o pacto constitucional substituindo-se os sentidos democráticos constitucionais pelo melhor interesse do mercado,

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 62.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 130.

³⁷ Na metafísica moderna (filosofia da consciência) “o esquema sujeito objeto sofre uma transformação: surge a subjetividade assujeitadora das coisas”, “Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência)”, inaugurada por René Descartes, ao “divulgar a concepção de uso ‘correto da razão’, ou seja, ‘capacidade de julgar’, aposta na frase: ‘penso, logo existo’”. *Ibidem.*, p. 163 (nota de rodapé 263).

³⁸ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 232.

com o fim único de maximização de riquezas é retomar ao estado da natureza denunciado por Hobbes, de guerra de todos contra todos, na qual o homem é o lobo do homem.

Pretender que todos tenham a mesma liberdade de contratar é negar a diferença existente entre uma empresa transnacional, com PIB maior do que de países e um cidadão comum assalariado ou até desempregado, mas que ainda mantém sua temporária capacidade de consumo, esquecendo-se as forças reais de poder que regem as relações contratuais.

Inegável que a autonomia da vontade é limitada, tanto que ainda se denuncia e reconhece a existência de cláusulas abusivas nos contratos.

Caso se aceite o mito de isonomia absoluta e eterna das partes na formação dos contratos, subtraindo-se do Poder Judiciário a possibilidade de revisão dos contratos, maiores abusos serão cometidos e, os próprios contratos serão afetados, porque, como a ganância é natural do ser humano, deixando-se os detentores do poder econômico ditar as regras, os contratos não mais serão cumpridos, porque impossíveis de serem realizados.

A propriedade privada deve ser respeitada, porém, não a qualquer custo, porque todos têm o dever social de colaborarem para o desenvolvimento da humanidade.

O discurso de felicidade plena, de possibilidade de ascensão de todos à riqueza é falacioso, porque impossível a felicidade de todos e o mundo não comporta que todos sejam ricos, seja porque não possui capacidade de produção, seja porque a produção de resíduos seria insustentável.

4. CONCLUSÃO

As decisões judiciais têm impactos econômicos para Estado e para os cidadãos, como quando, por exemplo, determina que se dê remédios a um indivíduo independentemente de disponibilidade orçamentária ou se suspende a incidência da Emenda Constitucional nº 41/03³⁹.

Como anuncia Weber⁴⁰, o homem é dominado pela geração de dinheiro, pela aquisição como propósito final da vida, invertendo-se a relação natural, tornando a aquisição econômica não mais um meio, mas um fim a ser alcançado para a satisfação das necessidades materiais capitalistas.

O direito, enquanto sistema, está integrado à ordem econômica e, por isso, as decisões judiciais devem considerar seu impacto econômico no mercado, porém, não como pretende a AED, primando sempre pela eficiência e menor custo da decisão, para assegurar os dogmas do neoliberalismo.

Se o discurso oficial implicasse em atitudes que somente visassem à estruturação do Poder Judiciário, com manutenção das garantias, a crítica se esvaziaria, o problema é a derrocada da democracia.⁴¹

*“Será que pelo fato de a democracia e os direitos do homem terem sido seqüestrados pelos pensadores neoliberais, devemos jogá-los fora? E se nós devemos imperiosamente sair da modernidade, será que isto deve ocorrer às custas das conquistas mais benéficas da filosofia moderna?”*⁴²

³⁹ Promulgada a Emenda Constitucional nº 41/2003 (Reforma da Previdência), não demorou o processo de revisão judicial da política previdenciária por meio da concessão de liminares em todo o país suspendendo a contribuição de inativos. Ao assumir a presidência do STF, o Ministro Nelson Jobim, durante as férias forenses de julho de 2004, cassou nada menos que 30 destas liminares que suspendiam a cobrança nos estados. O “efeito multiplicador” das decisões dos Tribunais de Justiça e a ameaça de lesão à ordem administrativa e às finanças públicas fundamentaram a decisão do Ministro-Presidente

⁴⁰ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 21.

⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

⁴² ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 208.

O equilíbrio entre o interesse do mercado e a integridade do direito em respeito às conquistas democráticas é o desafio a ser superado pelos juristas contemporâneos.

E, este trabalho teve o escopo de fomentar a discussão e alertar sobre os riscos que uma análise puramente econômica do direito, como a proposta pelo movimento *Law and Economics*, gera, o qual, inclusive já se faz presente no ordenamento jurídico pátrio.

BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado.** Trad. Patríce Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **A Ordem Jurídica de Mercado: o Direito como Fator de Redução dos Custos de Transação?** Artigo publicado na Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor nº 14 - Abr/Maio de 2007.

DUBNER, Steve J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta : as revelações de um economista original e politicamente incorreto.** Stephen Dubner, Steven Levitt ; tradução Regina Lyra. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 7ª Reimpressão.

GARAPON, Antonie. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité.** Revista Spirit, nº 349, novembro de 2008 (p. 98/122).

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O positivismo jurídico . Jus Navigandi,** Teresina, ano 11, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10060>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

HOBBS, Tomas, **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil,** Coleção Pensadores, 3ª ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

<http://home.uchicago.edu/~rposner/>, <acesso em 05/07/2010.

LEAL, Rogério Gesta: **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768> acesso em 07/07/2010.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther jakobs**. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **A Jurisdição partida ao meio. A (in) visível tensão entre eficiência e efetividade**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário nº 06 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, orgs. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, (pp. 75/100).

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **Do Funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário nº 05 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, orgs. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, (pp. 113/133).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.