

## O movimento *Law and Economics* e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidades entre direito, economia e democracia

*Julio Cesar Marcellino Jr.*<sup>1</sup>

### Resumo

*O presente artigo trata sobre a teoria da Análise Econômica do Direito, também conhecida por Law and Economics. Disserta sobre seu surgimento nos Estados Unidos da América, mostrando que inicialmente tal teoria estava ligada ao direito concorrencial, direito de marcas e patentes, leis antitruste, e posteriormente, passou a se relacionar com outros ramos do Direito, a exemplo, o direito de família, o direito penal, o direito processual penal e civil, o direito administrativo, e o direito constitucional. Tal teoria desde então tem ocupado importante espaço no universo jurídico, trazendo novas implicações ao direito latino-americano. A Law and Economics trabalha com um novo conceito de justiça, equiparando-o a eficiência, pautando, assim, todo o Direito pela busca da maximização de riquezas e criando um parâmetro normativo ligado a lógica do custo-benefício. Entende-se que a visão economicista do Direito se apresenta como incompatível com a tradição jurídica e democrática ocidental e com o perfil constitucional brasileiro.*

**Palavras-chave:** *Direito. Economia. Análise econômica do direito. Democracia. Eficiência.*

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UNIVALI). Professor de Direito Constitucional (UNISUL). Advogado. juliomarcellino@gmail.com.

## The *Law and Economics* movement and efficiency as a criterion of justice: incompatibilities between law, economics and democracy

### Abstract

*This article concerns the Economic Analysis of Law, or the theory of Law and Economics. It discusses its rise in the United States of America, and shows that the theory was initially linked to trade law, as well as brand and patent and anti-trust law and later came to be related to other fields, such as family, criminal, criminal and civil procedure, administrative and constitutional law. The theory has occupied important space in the legal universe, bringing new implications to Latin American law. Law and Economics works with a new concept of justice, related to efficiency, thus basing law on the search for a maximization of wealth and creating parameters linked to a cost-benefit logic. It is understood that the economic perspective of law is incompatible with the Western legal and democratic tradition and with the principles established in the Brazilian constitution.*

**Keywords:** *Law and economics. Law. Economy. Economic Analysis of Law. Democracy. Efficiency.*

### 1 Introdução

Os dias de hoje clamam por uma melhor compreensão da relação entre Direito, economia e democracia. A magnitude das questões econômicas no mundo atual implica no estabelecimento de novas relações entre campos até então complementares. Direito e economia, como campos autônomos, sempre dialogaram desde seus pressupostos e características, especificamente nos pontos em que havia demanda recíproca. Entretanto, atualmente, a situação se modificou. Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. É que o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos e benefícios, capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.

A Teoria da Análise Econômica do Direito, na perspectiva interpretativa utilizada na América Latina, representa o reflexo do imbricamento entre as culturas jurídicas anglosaxônica e européia-continental (*comon law* e *civil law*). Tal relacionamento exige atenção por parte dos estudiosos, eis que parâmetros conceituais basilares são diretamente afetados, e com conseqüências importantes. O movimento *Law and Economics*, na esteira do entendimento de Posner, acaba por equiparar a categoria *justiça* à *eficiência*, e esse giro discurso não ocorre sem um preço a ser cobrado em democracias de perfil compromissário como as da América Latina.

Tendo a eficiência como parâmetro vinculador do direito, muda-se a lógica finalística tradicional, herança da relação de causalidade gregária, para uma lógica de meios, tendo o *custo-benefício* como condição *sine qua non* para o exercício hermenêutico. Desse modo, garantias fundamentais sociais estariam sob sério risco, e o modelo de democracia substancial, que se fundamenta em tais garantias, estaria também ameaçado. Analisar as incompatibilidades entre uma teoria com a Análise Econômica do Direito e as diretrizes constitucionais de uma democracia compromissária torna-se necessária e premente - sob pena de emaranhar-se em discussões estéreis e que tão somente debatam sobre questões periféricas. Este é o nosso desafio nesse breve escrito.

## 2 A *Law and Economics* e o giro lingüístico do conceito 'justiça-eficiente'

O movimento *Law and Economics* surge no âmbito acadêmico norte americano inicialmente com a publicação dos artigos de Ronald Coase da Universidade de Chicago e Guido Calabresi da Universidade de Yale a partir da década de 60. Antes disso a teoria da Análise Econômica do Direito era pouco expressiva e era diretamente relacionada com análise econômica da lei *antitrust*, do direito corporativo, do direito de marcas e patentes, do direito contratual e do direito regulatório. Além de Calabresi e Coase, a denominada *New Law and Economics* encontra em Richard Posner seu mais destacado defensor, que alcança visibilidade após a publicação da obra *Economic Analysis of Law*, de 1973. O objetivo, segundo o autor, foi oferecer à teoria maior potencial explicativo e suporte empírico.<sup>2</sup>

---

2 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p 24.

Nesta nova fase, capitaneada por Posner, Coase, Calabresi e Becker, o movimento *Law and Economics* procura desvincular-se do apego reducionista ao direito concorrencial para consolidar a inter-relação entre Direito e economia, lançando-se à análise de outros campos como direito contratual, direito de família, responsabilidade civil, direito penal, processo civil e penal, direito administrativo e constitucional etc. Isto é, objetiva concretizar a aplicação de princípios econômicos à análise, interpretação e aplicação do Direito de modo a torná-lo mais 'racional' e 'cientificamente' coerente.<sup>3</sup>

Apesar de o movimento da Análise Econômica do Direito não ser coeso e unitário - havendo várias publicações regulares de correntes e escolas diferentes - pode-se, com Rosa e Linhares, afirmar que se considera como fator comum o projeto de implementação de uma visão econômica a questões de ordem eminentemente jurídicas. Demais disso, a ascensão de tal teoria a partir da metade do século passado teria, segundo os autores, dado-se pelas seguintes razões: "a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*."<sup>4</sup>

Os teóricos da Análise Econômica do Direito, cientes das dificuldades e limitações dos economistas para lidarem diretamente com questões legais, procuram estabelecer uma nova racionalidade que justifique a sobreposição do econômico em relação ao jurídico, e o fazem especialmente através da utilização do conceito *ação eficiente*. Posner defende que a análise do sistema legal deve ter como parâmetro a *maximização da riqueza* por meio da menos custosa e mais vantajosa alocação de recursos em sociedade. Tudo no Direito, de algum modo, estaria sempre ligado a este parâmetro vinculador de análise, pois, sempre se estaria, mediante demandas judiciais, à busca de compensações ou meios menos custosos de vida. E as decisões judiciais, da mesma forma, deveriam sempre revelarem-se como verdadeiros *juízos de eficiência*.<sup>5</sup>

---

3 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 657.

4 ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

5 ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

É que o critério de justiça para Posner é a *eficiência*. E aqui reside o sedutor giro retórico da *Law and Economics*. Posner defende que há “ignorância” por parte da maioria dos juristas a respeito do que significa ‘justiça’.<sup>6</sup> *Justo*, segundo o autor, seria algo que de alguma maneira tornassem as relações humanas menos onerosas e que impulsionasse a majoração da riqueza. *Justiça social* ou *justiça distributiva* são construções racionais falsas e que estão fora de cogitação para Posner. A inconsistência e precariedade técnica desses termos teriam ficado demonstradas com o declínio do *Welfare State* e com a queda dos regimes socialistas. Haveria, ainda, incompatibilidade deste conceito de justiça com o Direito tradicional, pois estaria carregado por ideologias políticas, algo que, segundo Posner, na Análise Econômica do Direito, não existem - pois tal teoria seria “ideológica neutral e balanced”.<sup>7</sup>

Recorrer à ação eficiente como um parâmetro de vinculação, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da Análise Econômica do Direito, implica na avaliação das Instituições por suas conseqüências (custo/benefício). No âmbito do Sistema Judiciário, este cotejo acontece no registro *Macro*: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e *Micro*: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas dimensões procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso. De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de 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.<sup>8</sup>

6 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 17.

7 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 27.

8 ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

### 3 A análise econômica do direito e a redução dos ruídos provocados pelo mercado: os riscos ao judiciário e à democracia

A concepção economicista, no entanto, reconhece que no Mercado existem falhas (externalidades, monopólio, bens coletivos) que acabam por exercer influência direta no grau de eficiência da alocação de recursos em sociedade. Nesses casos, entende-se que o Estado, aquele estorvo de primeiro momento, teria uma função estratégica: a de intervir, por meio do ordenamento, para corrigir ou compensar tais falhas. O objetivo seria o de neutralizá-las, permitindo que o Mercado ‘espontaneamente’ atingisse de volta o seu ‘equilíbrio natural’.<sup>9</sup> É o Estado na condição de sócio preferencial do Mercado.

Porém quando se fala em Jurisdição a história é outra. Com a fraudulenta concepção do *Economic Due Process*<sup>10</sup>, o monopólio estatal para resolução dos conflitos é diretamente atacado e rotulado como ineficiente por inibir a liberdade contratual. Claro, o Poder Judiciário, pelo menos em grande parte, na sua tarefa de resolução conflitiva é movido por preceitos e garantias constitucionais de ordem valorativa e voltadas para a implementação de um Estado de bem-estar que ainda não se consumou no Brasil. Não por acaso crescem e cada vez mais se propagam, como dito, projetos alternativos de resolução de conflitos através de mecanismos como a mediação e arbitragem. Grande parte dos juristas foi seduzida pela ‘proposta alternativa’ de resolução de conflitos, sem se darem conta do preço a pagar, qual seja, a própria democracia.<sup>11</sup>

Assim o Direito assumiria um ‘útil’ papel: o de garantidor das condições de absoluta liberdade e segurança do tráfego mercantil e - quando da ocorrência de ‘falhas’ do Mercado - o de reduzir a existência dos obstáculos, “reduzindo os custos de transação”.<sup>12</sup> O Direito teria, pois, como função “atuar

9 FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 425.

10 POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 657.

11 *Por conta disso é que se tornou tão conveniente nos últimos tempos utilizarem-se da mídia televisiva para lançar descrédito e desesperança ao Judiciário. Com a pecha de ‘ineficiente’ fica muito mais fácil cooptar os incautos e reforçar o coro de reformas do poder judiciário que seguem a linha da eficiência no melhor estilo economicista.*

12 FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação?, In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 426.

como um Mercado simulado”, um mercado paralelo emprestando todo o seu instrumental normativo aos interesses do capital. Novamente vê-se que o paradigma de justiça a que deveria estar atrelado o Direito simplesmente inexistente: a justiça agora é ‘divinamente’ ditada pelo Mercado-Deus. Na Análise Econômica do Direito não se fala em *fins*, somente em *meios*.

Salta aos olhos o absoluto descabimento da teoria da Análise Econômica do Direito, especialmente para a realidade de um país periférico como o Brasil. Sem qualquer sombra de dúvida, aqui, os efeitos dessa teoria são devastadores. O Direito não pode ser visto como mero ‘neutralizador’ de falhas de Mercado, ou, como instrumental a serviço de uma ‘eficiente alocação’ de recursos que subverte o caráter valorativo do sentido tradicional de justiça. E muito menos se poderia concordar com a substituição gradual da Jurisdição pelos mecanismos alternativos de resolução conflitiva que tão somente atendem a interesses de cunho econômico.

O sistema democrático, a partir do compromisso normativo assumido pela Constituição de 1988, se calca em garantias individuais e sociais. Ainda que o texto constitucional seja complacente com a livre iniciativa e se pautar no capitalismo como estrutura econômica vigente, os excessos propostos pelo neoliberalismo e pela teoria da Análise Econômica do Direito, são simplesmente inconcebíveis. Não que os neoliberais não tenham tentado (e conseguido) pôr sua marca epistêmica da Constituição. Apesar de todo o boicote tentado à Constituinte, ressurge com força a assédio liberal contemporâneo por intermédio da Emenda Constitucional n.º 19 de 1998.<sup>13</sup>

Tal emenda materializou a reforma<sup>14</sup> que impôs ao Estado brasileiro a ação eficiente como princípio norteador. O princípio da eficiência não foi trazido ao texto constitucional para ser mais um princípio no rol elencado pelo art. 37 da Constituição Federal. Ele, em verdade, representa o mote do projeto neoliberalizante que conseguiu romper com a barreira normativa existente, visando viabilizar a inserção de elementos do livre mercado no próprio Estado. Nada mais conveniente. Era preciso fazer com que não somente o Poder Executivo fosse menos intervencionista, como também o Judiciário. E este talvez seja o alvo principal.

---

13 MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

14 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. \_\_\_\_\_. et al. (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

É que a previsibilidade é fundamental aos contratos e à defesa da propriedade. O modelo de livre mercado desregulado necessita de certeza quanto ao cumprimento de contratos, independentemente desses contratos serem leoninos ou não, serem adesivos ou não. Um Judiciário que sobreponha a Constituição sobre quaisquer avenças, e que legitimamente funcione como *garante* de direitos fundamentais, é algo que afronta a elite corporativa. A eficiência, que se torna sistematizada pela Análise Econômica do Direito procura reduzir a função judicante à uma operação mecânica de cumprimento eficiente dos mandamentos dogmáticos da lei. Tem como formato a ser perseguido o do juiz *dente de engrenagem*, que sempre obedece ordens e orientações superiores sem senso crítico, para utilizar uma expressão de Arendt.<sup>15</sup>

#### 4 Conclusão

A teoria da Análise Econômica do Direito surge como um desafio àqueles que pugnam pela necessidade de implementação completa e total de um projeto de Estado de bem-estar para os países da América Latina, especialmente o Brasil. Tal teoria traz ao Direito uma nova racionalidade que subverte seus princípios basilares tradicionais, muitos deles inspirados tanto nas conquistas liberais de fins do século XVIII, como nas vitórias da revolução social de início do século passado.

Tem-se instaurado no ocidente e boa parte do oriente um modelo político-econômico que sempre precisou do direito como instrumento, e este modelo é o chamado neoliberalismo ou capitalismo desregulado. O fundamentalismo deste programa político-econômico, bastante impulsionado pela queda do muro de Berlim e pela agenda estabelecida a partir do Consenso de Washington, na melhor faceta *via única*, sempre precisou desconstruir o sistema, não somente a arcada valorativa do liberalismo tradicional, como também, as diretrizes finalísticas do projeto socialista e comunista.

A proposta de giro discursivo já havia sido oferecida pelos contributos de Hayek<sup>16</sup>, e com o operoso trabalho pragmático de Friedman.<sup>17</sup> Os *meios* assumem a condição de novo parâmetro social, substituindo os *fins*,

15 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

16 HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.

17 FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

que já eram caros à sociedade desde a relação causa-efeito gregária. É daí que surge a ação eficiente como novo paradigma às relações humanas, a partir daquele neoliberalismo pregado pela Sociedade de *Mont Pèlerin*.<sup>18</sup> O próprio Hayek pregava a necessidade de a lógica efficientista ser lançada ao Direito, especialmente a partir do Direito constitucional, de modo a considerar a impossibilidade de positivação de normas justas, podendo-se reconhecer tão somente normas de conduta.

Os compromissos constitucionais a serem garantidos pela democracia brasileira – e por muitas outras da América Latina<sup>19</sup> –, são manifestamente incompatíveis com *juízos de eficiência* e com a *justice of market*, desejada por Posner e por sua legião de seguidores. A recepção do movimento *Law na Economics* em países periféricos, que ainda buscam a concretização de uma sociedade de bem-estar, necessita de um atento olhar crítico. Há uma ideologia que subjaz à referida teoria e que precisa ser levada em conta caso haja adesão a esse projeto. O que está em jogo, não é somente uma questão de escolha teórica ou ideológica, mas sim os rumos de um projeto democrático que se apresenta incompatível com os enunciados economicistas encartados em tal movimento.

## Referências

ARENDETT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

---

<sup>18</sup> Sociedade fundada por Hayek em 1947, na Suíça, que reuniu vários estudiosos e acadêmicos defensores da livre mercado e de um Estado mínimo. Funciona até os dias de hoje com reuniões periódicas e grande influência.

<sup>19</sup> KLEIN, Naomi. **A Doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem.** Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque:** a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito.** Florianópolis: Habitus, 2009.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

