

Análise Econômica do Direito: a (im)possibilidade motivacional para as decisões judiciais.

The Economic Analysis of Law: The (im)possibility for legal reasoning at the moment
judicial decisions.

Jéssica Gonçalves*

Lyza Anzanello de Azevedo**

Resumo: O presente artigo visa demonstrar que os alicerces da teoria da Análise Econômica do Direito (Princípio da Eficiência Econômico-Social, custo e benefício, maximização da riqueza e justiça econômica) servem de fundamentação válida e eficaz para o magistrado brasileiro no momento do seu convencimento e desenvolvimento do ato decisório. Neste contexto verifica-se que a decisão judicial opera efeitos na órbita social de um modo que os pressupostos da Teoria da Análise Econômica do Direito, podem servir como elemento de convencimento judicial e ferramenta para o magistrado brasileiro no momento da fundamentação do ato decisório, a fim de tornar o conteúdo deste menos discricionário. Isso porque, a visão prospectiva dos efeitos econômicos da decisão (interdisciplinaridade entre Direito e Economia), proporciona aos juízes brasileiros um método racional para seu livre convencimento, às avessas da subjetividade que engessa o sistema e ofende os direitos fundamentais. Desse modo, busca-se afirmar que as premissas da Análise Econômica do Direito, são variáveis que podem ser aplicadas racionalmente nas tomadas de decisões dos juízes brasileiros, integrando um julgamento razoável e objetivo.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Princípio da Eficiência Econômico-social; custo e benefício; justiça econômica; julgamento razoável.

Abstract: This article aims to demonstrate that the basis of the Theory of the Economic Analysis of Law (The principle of the economic-social efficiency, cost and benefit,

* Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL-SC; Formada pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (módulo I). Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC-SC. Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau – FURB-SC. Pós Graduação em andamento - Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau - FURB-SC. Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina – módulo II em andamento. Mestranda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC-SC.

** Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC-SC; Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL-SC; Mestranda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC-SC.

maximization of wealth and economic justice) serves as a valid and efficient framework of reasoning for the Brazilian magistracy while at the developing and argumentative stages, prior to the final decisive act. Within the context of this theory it is expressed that judicial decisions impact the social aspect in such a way that the assumptions of the theory can serve as tools to make the content of the reasoning of the judicial decision less discretionary. This is because the traditional view of the economic effects of the decision (the interdisciplinary relation between Law and Economics) provides to Brazilian judges a rational method for their process of decision making which is contrary to the subjectivity that ingrains the system and interferes with fundamental rights. Therefore, it is intended to affirm that the assumptions of the Theory of the Economic Analysis are variables that can be applied rationally when Brazilian judges, in their process of decision-making, integrating a reasonable and objective judgment.

Key words: Economic Analysis of Law; The Principle of economic and social efficiency; cost and benefit; economic Justice; reasonable judgment.

Introdução

O desenvolvimento humano ocorre em meio à dinâmica da economia de mercado, tendo em vista que a sobrevivência se faz por meio do uso dos recursos sociais, ainda que escassos, não estando o ordenamento jurídico alheio ao cenário social.

Dessa maneira, o direito sofre a influência do processo de interdisciplinaridade dos demais ramos do saber científico, especificadamente, a economia. A miscelânea da matéria economia e as ciências jurídicas, denominada pela terminologia Posneriana (Richard Posner¹) de Análise Econômica do Direito se tornou um viés para expandir o exame das celeumas jurídicas para além da realidade abstrata da norma.

Notadamente, o mencionado movimento teórico, transmutado em ciência da escolha humana, é capaz de proporcionar ao direito uma análise dos conceitos e institutos jurídicos no contexto em que os recursos disponíveis mostram-se escassos e a escolha humana, necessariamente, uma renúncia, trazendo consequências aos demais indivíduos.

¹ A presente pesquisa tem como marco teórico a obra do juiz americano Richard Posner – POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madri; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011 – que aborda sobre a Teoria da Decisão (nove métodos de convencimento judicial).

Assim, em razão da Análise Econômica do Direito restar filiada à ideia do consequencialismo, e não a um julgamento de valor desprovido de fundamentos empíricos, permite identificar o problema e as prováveis reações das pessoas a uma dada regra.

Partindo dessa premissa, enquanto os operadores do Direito adotam a sistemática do “passado”/*status quo ante* e pretendem alcançar o conceito polissêmico de Justiça, os economistas voltam seus olhares para o futuro/prospectiva e visam alcançar a eficiência.

Dessa forma, o estudo dos elementos e princípios dessa teoria como mecanismo de suporte ao magistrado no momento do seu livre convencimento e no fundamento das suas decisões judiciais podem servir para tornar os julgamentos eficientes e os recursos litigiosos mais bem distribuídos.

De fato, no momento em que o juiz optar por uma decisão possível e escolher uma regra para o caso concreto, poderá utilizar-se do método racional do comportamento judicial econômico para avaliar os custos em contraponto à eficiência na alocação dos recursos objeto do litígio, embora não se desconsidere a formação acadêmica deontológica dos magistrados.

Nesse âmbito, em função da decisão judicial produzir efeitos na sociedade, faz-se necessário o estudo de um método que auxilie o magistrado (altruísta ou egoísta) a prolatar uma sentença no mínimo razoável, proporcional e objetiva.

Para isso, surge a presente pesquisa, com o escopo de analisar se o juiz poderá valer-se do emprego dos variados ferramentais teóricos da Análise Econômica do Direito, vislumbrados sob a perspectiva do Princípio da Eficiência Econômico-Social, Teoria do Custo e Benefício e da Maximização das Riquezas, com vistas a aplicar um método objetivo na tomada das decisões.

1 Função estatal de solucionar o litígio pelo modelo clássico

Da interação social, surgem fenômenos de subordinação e dominação, componentes essenciais do estado de natureza Hobbesiano, de guerra de todos contra todos. Isso porque, nas formas de relacionamento humano, segundo Fábio Alexandre Coelho (2004, p. 6 e 7), as pessoas se encontram em posições antagônicas, porém, com o escopo de disputar o mesmo bem limitado, surgindo, assim, o que se denomina conflito.

Com efeito, se não existissem relações entre os indivíduos, os conflitos não emergiriam e, por consequência, dispensariam a normatividade para disciplinar o comportamento do homem (GONÇALVES, 2012, p. 630).

Daí defenderem Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que direito e sociedade são conceitos intrínsecos, na perspectiva de que a ordem jurídica impõe sob a comunidade sua função coordenadora (ARAÚJO; GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 25). No entanto, não se oblitere que o direito não representa apenas os fatos, tampouco a norma, pois compreende a junção dos elementos fato, norma e valor (PORTANOVA, 1997, p. 149).

Tenha-se presente, entretanto, que a incidência da órbita jurídica não afasta a manifestação dos conflitos sociais, visto que o “simples comando legal não é suficiente para eliminar o multifacetado conjunto de interesses que coexistem na vida em sociedade” (WAMBIER, 2005, p. 44).

Nesse âmbito, por meio do contrato social² de Rousseau, a organização estrutural da sociedade delegou ao Estado, com fulcro na clássica separação dos poderes elaborada por Montesquieu, além do exercício legislativo e administrativo, o monopólio da função jurisdicional (GONÇALVES, 2012, p. 630).

Partindo desse pressuposto, a legitimidade do poder dever de julgar, avocado pelo Estado, é prestada mediante a imparcialidade de órgãos públicos, em verdadeira substituição à vontade das partes, numa série de atos que se interligam (GONÇALVES, 2012, p. 630).

Para decidir, imperativamente, sobre a lide posta em juízo, lembra Ernane Fidélis dos Santos que o “autor pede, o juiz ouve a outra parte, colhe as provas e decide. A prestação jurisdicional é realizada, portanto, por intermédio de um processo” (SANTOS, 2007, p. 24).

Não se pode olvidar, entretanto, que no que tange ao plano da decisão, esta não mais se amolda a um ato exclusivo do juiz, na medida em que, a partir dos ensinamentos do doutrinador Elio Fazzalari (2006, p. 145), já se encontra superado o modelo clássico instrumentalista de jurisdição contenciosa, pois o núcleo processual deixa de ser mero instrumento da relação jurídica entre as partes e o juiz, tornando-se intrinsecamente o eixo do sistema.

À luz do mencionado pensamento, Rosemiro Pereira Leal detalha que o momento decisório deixa de concretizar a oportunidade na qual o magistrado alcança a justiça ou torna o direito eficiente e prestante, mas se revela como o “instante de uma decisão a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida por um processo constitucionalizado” (LEAL, 2002, p. 69).

² “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2010, p. 32).

A interpelação do lesado por meio do processo, ainda que visualizado sob a retórica constitucional, impõe a busca de proteção ao direito supostamente violado pelo exercício público subjetivo conceituado como ação, eis que a função estatal de solucionar o litígio apresenta como máxima o princípio da inércia dos órgãos julgadores.

Sob tal égide, Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 85), citando a teoria eclética da ação, formulada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman, descreve que o direito de ação corresponde a um agir contra o Estado, em razão da sua posição de titular do poder jurisdicional.

Assim, proposta a demanda, e, desde que essa apresente as condições da ação na visão de Enrico Tullio Liebman, despontará a relação jurídica processual, distinta do plano material, tendo como base a tríade autor, juiz e réu.

Após a realização do *due process of law* (devido processo legal), terá o magistrado, sob a rubrica da fundamentação, que proferir um julgamento vinculado ao espaço técnico procedimental e discursivo do processo cognitivo de direito, como conclusão da argumentação das partes (FAZZALARI, 2006. p. 114).

Testificada pelo devido processo constitucional, a decisão judicial, hodiernamente, não se limita ao ato da “esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor” (LEAL, 2002, p. 27), tendo em vista que adquire a conotação epistemológica de integrante final da estrutura do procedimento.

Dessa forma, a decisão que outrora era “a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão, ou decidir quanto à aplicação do direito” (MIRANDA, 1998, p. 180), diante da queda do Estado Liberal rompeu com o modelo de um juiz neutro, aquele no qual a postura imparcial nasce da simples declaração da vontade da lei.

Nessa senda, não se está a negar que a doutrina política da separação dos poderes, que apregoava a figura de um magistrado que teria a função apenas de ser a “boca da lei”, sem a mínima margem de interpretação, influenciou a criação da caricatura liberal de juiz, embora, na atual circunstância do Estado Constitucional, esta figura tende a ruir diante da influência de aspectos extrajurídicos da convicção no momento de decidir (SILVA, 2012, p.11).

Ainda que a máxima, no espaço argumentativo motivacional exposto na decisão, seja impor à atuação do juiz a mera atividade recognitiva literal da lei, não se pode permanecer com uma justiça cega que não enxerga o fato de que o juiz interpreta a Constituição à luz da realidade (HABERLE, 1977, p. 100).

Especificadamente, Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares (2011, p. 34) enfatizam que ainda que a herança do positivismo lógico torne evidente a

impossibilidade de que as decisões sejam tomadas a partir de um silogismo perfeito, o ator jurídico não está, como quer o senso comum teórico, alheio ao desenrolar ideológico, desprovido de se demitir de si mesmo.

O situar espacial/temporal do sujeito implica uma percepção exclusivamente unilateral (ROSA e LINHARES, 2011, p. 35), na qual a objetividade do convencimento judicial surge do próprio paradoxo subjetivo do magistrado, tendo em vista que resta profundamente influenciado por uma carga de sentimentos externos, sejam motivações ou aspirações ideológicas, psicológicas, momento histórico e cultural.

Daí polemizar Richard Posner (2011, p. 16) que o estudo de *“la mentalidad judicial sería de poco interes si los jueces no hicieran otra cosa más que aplicar reglas jurídicas claras creadas por los legisladores [...]”*. Isso porque, caso a premissa ora mencionada fosse verdadeira, *“los jueces estarían a um paso de ser reemplazados por programas digitalizados de inteligencia artificial [...]”* (POSNER, 2011, p. 16).

A premissa, no entanto, por ser sofista, não procede. O próprio Richard Posner que defende um método para conferir racionalidade na tomada das decisões, já descreveu que os juízes são influenciados por *“factores de los rasgos de la personalidad innata, los temperamentales (la experiencia personal y profesional), los factores políticos e ideológicos [...]”* (POSNER, 2011, p. 16).

De fato, o magistrado é levado, segundo Durval Salge Jr. (2010, p. 64), a “proporcionar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual”, até porque, ou talvez por consequência de, reconhecer-se a projeção da “textura aberta das normas jurídicas” (HART, 2009, p. 143).

Na proposta de Herbert L. A. Hart (2009, p. 109), em função da impossibilidade do legislador dispor sobre todas as condutas possíveis, cria-se uma linguagem legislativa ambígua e vaga. Essa zona aberta de indeterminação, nada mais é do que fruto de *“la incapacidad que tiene el legalismo em muchos casos para determinar cuál es el resultado[...]”* (POSNER, 2011, p. 20).

Concluir-se-ia então, tratem-se os “juízes de verdadeiros legisladores?” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74). Para esta indagação o próprio Mauro Cappelletti (1999, p. 74) responde que não se está a impor aos magistrados a função de criadores do direito no sentido semântico da atividade de legislador, mas sim que são agentes capazes de robustecerem a arte de interpretar.

Em sentido último, a visão Cappelletiana vai ao encontro da perspectiva de Richard Posner (2011, p. 16) ao discorrer que em virtude destas cláusulas abertas, os juízes “*tienen y ejercen discrecionalidad [...]*”.

Dessa forma, em razão da formação Behaviorista existente no intelecto dos juízes acrescido ao fato da ordem jurídica apresentar normas de textura aberta, criam-se várias decisões jurídicas possíveis, gerando uma imprevisibilidade em segurança para o jurisdicionado, visto que a hermenêutica jurídica clássica já não mais oferece a fórmula da melhor técnica.

Em função disso, com o escopo de viabilizar uma decisão com menores oscilações subjetivas e impor limite a esta margem discricionária, o juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos da América, Richard Posner (2011, p. 32), analisou nove teorias para o comportamento judicial, dentre as quais, a que será objeto específico desta pesquisa, qual seja; a teoria da decisão a partir da Análise Econômica do Direito.

2 A teoria da decisão a partir da interdisciplinaridade entre direito e economia

A Análise Econômica do Direito, segundo Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2007, p. 2), trata-se de uma metodologia que permite a “escolha, dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem estar social”.

As relações interativas entre o direito e a economia iniciaram no período histórico antigo com os estudiosos Cesar Beccaria e Jeremy Bentham, cujas obras introduziram, respectivamente, as noções de desincentivos comportamentais e de utilitarismo (CARVALHO, 2008, p. 33).

Todavia a moderna Análise Econômica do Direito foi inaugurada pelo professor Ronald Coase na Universidade de Chicago, com a obra intitulada “*The Problem of social cost*”, que ao tratar da aplicação da teoria do custo benefício na tomada das decisões jurídicas, como forma de obter uma maior eficiência na solução dos conflitos, trouxe para o direito a possibilidade de aplicação direta dos princípios da macroeconomia (MERCADO, 1994, p. 27).

Contudo, a consolidação da Análise Econômica do Direito como disciplina autônoma, surgiu da obra do juiz americano Richard Posner, intitulada “*Economic Analysis of Law*”, que teve o mérito de sistematizar e expandir a aplicação dos postulados econômicos aos vários ramos do direito.

O movimento introduz uma reformulação do conceito jurídico à luz da ciência econômica, questionando os estudos e propondo “*um nuevo vocabulário y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos aunque que estos no tengan el carácter de económico [...]*” (MERCADO, 1994, p. 34 e 35). Em outra linguagem, a proposta é a análise dos fatos jurídicos sob o prisma de seus custos de transação, aplicado ao método da análise da eficiência fornecido pela economia (TOKARS, 2008, p. 16).

No viés de que o direito tem a capacidade e o objetivo de influenciar a conduta dos indivíduos e que essa influência tem caráter notadamente econômico, a Análise Econômica do Direito se constitui num estudo sobre o direito a partir da teoria econômica neoclássica, sobretudo com as feições da já mencionada Escola de Chicago, partindo da direção da economia para o direito.

Assim, em linhas propedêuticas, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado, haja vista que o homem sobrevive com os recursos da sociedade, ainda que escassos (TROSTER, 2002, p. 7), notável o caráter interdisciplinar entre a área jurídica e a econômica, razão pela qual, “o proceder das decisões deverá ser pautado na racionalidade lógico formal que leve à eficiência e a maximização dos interesses” (GONÇALVES e STELZER, 2007, p. 4).

Daí residir a problemática do presente artigo, na medida em que avaliará se a teoria da Análise Econômica do Direito, cujo propósito é introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão dos fenômenos sociais, é capaz de auxiliar na tomada racional de decisões jurídicas como um novo paradigma para o convencimento dos juízes.

A celeuma se instiga na seguinte hipótese: entre as variantes que conduzem o magistrado no julgamento, a opção pela Análise Econômica do Direito poderia se estabelecer como um método determinante na tomada das decisões? Ou serviria apenas como balaústre de uma teoria imperialista, longe de aplicar-se na fundamentação das decisões, haja visa refletir-se como antítese dos casos concretos, dado a sua conotação inteiramente teórica?

E, mais: como bem recordam Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2007, p. 12) ao ser criada uma norma, implicitamente, é adotado um parâmetro decisional aplicável ao caso concreto. Poder-se-ia então, adotar como metodologia do diagnóstico e da prognose o parâmetro econômico?

Embora as metodologias sejam incapazes de orientar adequadamente as atividades científicas bem como os métodos devem ser vistos como ferramentas utilizáveis conforme a necessidade, sem que se possa eleger “um único método” (FEYERABEND, 2011, p. 92),

ainda assim, cumpre verificar se podem ser acolhidos os pressupostos e as finalidades do discurso da *Law and Economics*.

Partindo do marco teórico do modelo de comportamento judicial em alusão à teoria econômica do direito elaborada por Richard Posner, cuja inteligência estabelece critérios de racionalidade econômica, quais sejam, valor e eficiência, submetidas à lógica pragmática da relação custo e benefício que rumam a um “ótimo”, assim como já demarcado por Wilfredo Pareto e Kaldor Hicks *apud* Rodrigues (2007, p. 30), é que se pretende estudar se os basilares desta teoria são aplicáveis na tomada das decisões, sem qualquer negativa a autonomia do direito.

Significa, nessa senda, o abandono do método clássico da análise jurídica pelo magistrado no momento da sua fundamentação decisória, que considera apenas o prejuízo de uma parte que causou à outra, para verificar em que medida ambas contribuíram mutuamente para o evento.

Utilizando-se das premissas deste método, Forgioni (2006, p. 45 e 46) explica que “nenhum direito há de ser absoluto, pois é sempre necessário examinar os custos e benefícios para todas as partes, e o direito deve ser um facilitar da redução dos custos de transação, a fim de proporcionar adequado grau de segurança e previsibilidade [...]”.

Nesse âmbito, a aproximação entre direito e a teoria econômica, tornando o primeiro racional, segundo os parâmetros da segunda ciência, cria o método de escolha racional de Richard Posner, mediante a imposição de um único critério, qual seja, a maximização da riqueza submetida à lógica da determinação dos custos e benefícios, em prol da retórica da justiça econômica.

Detalhadamente, as predominantes ideias do genuíno representante do movimento, o juiz Richard Posner, tornam as normas, instituições e os comportamentos jurídicos como fenômenos econômicos, ou seja, como bens escassos afetos à satisfação das necessidades humanas (FEITOSA, 2006, p. 103-105).

Segundo o mencionado magistrado, a economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional e as satisfações são aumentadas na medida em que os comportamentos são alterados (POSNER, 2000, p. 123).

De fato, como seres racionais que são, os indivíduos tendem a tomar quaisquer tipos de decisões adotando como finalidade a realização dos seus próprios interesses, e como critério de escolha os incentivos fornecidos pelo ordenamento, traduzidos em normas jurídicas.

Parte, portanto, da noção de que, quando o ser humano se depara com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem, como ser economicamente racional, inevitavelmente analisará a relação e o custo benefício entre as opções, para escolher a que melhor atenda seus interesses (GICO JR., 2011, p. 22).

O movimento sugere, dessa forma, a observância de premissas econômicas no processo de interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto, como: o agir racional dos indivíduos na busca da maximização da riqueza, a questão da eficiência, a constatação de que o mercado age consoante o fluxo dos custos e benefícios.

A eficiência, como maximização da riqueza e equânime distribuição dos recursos disponíveis (POSNER, 2011, p. 69), também é o tema central da Análise Econômica do Direito, na tentativa de afastar a noção subjetiva e individualista da justiça como valor e aplicar-lhe a noção de justiça eficiente.

Para a Análise Econômica do Direito, a justiça se reveste da função eminentemente econômica, em virtude de possibilitar o próprio funcionamento mercadológico, motivo pelo qual se deve amoldar à eficiência, relevando o custo de alcançar os objetivos próprios da norma.

Desse modo, a busca pela eficiência orienta-se pelo esforço do julgador em obter resultados que externalizem a eficiência de Wilfredo Pareto ou de Kaldor-Hicks. Na concepção de Wilfredo Pareto (1984, p. 76) “algo é eficiente quando os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor”. De outro norte, a avaliação de eficiência de Kaldor-Hicks parte do modelo de utilidade, tais como preconizado por Betham que “sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem estar ao maior número de pessoas” (SZTAJN, 2005, p. 207).

A eficiência, portanto, pode ser vista em “termos da economia no uso dos recursos, quando assume uma consistência no comportamento dos agentes econômicos nas suas tomadas de decisões” (BITTENCOURT, 2011, p. 30), garantindo assim, centrar o direito nos efeitos das normas, e portanto, no princípio da maximização.

Ademais, essa vinculação à maximização da riqueza, como não sendo o único critério de escolha social, mas devendo, no entanto, ser considerado nos anseios sociais, torna caricata a justiça como econômica.

Ora, se o Direito não se acerta entre o conceito de Justiça, Equidade e Norma, a Economia, mais precisamente o método econômico, via o pensamento de Richard Posner com a Análise Econômica do Direito, buscam unificar o sistema para auxiliar o magistrado na tomada das decisões. Como lembram Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2007, p.

3.), “deve-se superar o ‘senso comum teórico dos operadores jurídicos’ que, em meio a ideais distintos de justiça e ao nefasto formalismo que desconsidera o mérito em detrimento da forma”.

Isso porque, conforme esclarece Richard Posner (2000, p. 123), o “critério do valor, utilidade e eficiência norteiam as escolhas” e “o modelo jurídico puro kelseniano já não corresponde às necessidades sociais, ao mesmo tempo em que se tem, por reprovável, levantar bandeiras extremistas desacreditando-se as instituições [...]” (Gonçalves (também não seria tudo maiúsculo?) e STELZER, 2007, p. 3). Com esta mesma visão, de utilização da Análise Econômica do Direito como suporte e complemento das decisões judiciais, Ortolan e Padilha discorrem:

É importante que o juiz, que é quem decidirá uma demanda, tenha também uma perspectiva de Análise Econômica do Direito, ou seja, que a sua opção por uma norma e não pela outra se dê, conforme Josilene Hernandes Ortolan e Norma Sueli Padilha a partir de um critério eficiente. E elas vão mais além: “Se fatores econômicos estão envolvidos desde a criação e elaboração das leis, porque não se levá-los também em consideração quando se trata de reduzir o texto legal à norma do caso concreto? Não se trata, portanto, de substituir critérios de justiça por critérios econômicos, mas de perceber que os agentes econômicos mudam as estratégias à medida que a justiça se demonstra ineficiente e a economia injusta”. (ORTOLAN e PADILHA, 2008, p. 6839).

Dessa forma, portanto, quando se percebe que as decisões jurídicas ou métodos normativos são escolhas, do juiz ou legislador, conclui-se que esses julgados poderiam se orientar pelos cânones do valor, utilidade e eficiência, que se distanciam de concepções de justiça teórica

3 Análise Econômica do Direito como fundamento da decisão

Perfectibilizada as matrizes da teoria econômica ajustável ao ordenamento jurídico, forçoso trazer à baila, ainda que perfunctoriamente, alguns dos argumentos advogados pelos membros adeptos à aplicação dessa tese.

A abordagem de analisar os problemas jurídicos para além da realidade abstrata da norma serve para empregar as variadas ferramentas teóricas e empírico econômicos, isto é, o uso do método econômico, para expandir a compreensão do direito a fim de aperfeiçoar a estrutura (GICO JR., 2011, p. 17-19).

Especificadamente, à luz da perspectiva econômica, a aplicação do método visa auxiliar os profissionais do direito, notadamente os juízes, a orientar as suas decisões judiciais em todos os casos em que a Constituição ou a legislação não apresentem a isso nenhuma objeção específica (POSNER, 2009, p. 19).

A ponderação de custos e benefícios como intrínseca à tomada de qualquer decisão por parte dos indivíduos racionais, e a noção de que as escolhas efetuadas sempre geram consequências, validam a teoria e proporcionam segurança jurídica, na medida em que a atuação do julgador poderá ser realizada da maneira mais eficiente e justa.

Isso porque, consoante esclarece Mauricio Vaz Lobo Bittencourt (2011, p. 35) ao promover a verificação dos custos da decisão, em comparação aos benefícios que esta pode trazer não só às partes litigantes, mas também aos demais integrantes do corpo social, bem como ao utilizar, como critério de decisão, as consequências jurídicas ou econômicas, o julgador consegue uma distribuição mais eficiente dos recursos em litígio.

No tocante ao critério da eficiência, os “instrumentos da economia quando aplicados ao direito não tem a pretensão de predizer o que é melhor, no sentido moral do que deve ser, mas sim do que é eficiente” (DOMINGUES, 2011, p. 45), e, por isso, tal mecanismo deve ser considerado no momento do ato decisório.

Especificadamente, o Princípio da Eficiência Econômico-Social como um novo paradigma decisório é a “obtenção da consequente harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, devendo, ainda, critérios outros como distributividade, justiça social [...]” (GONÇALVES e STELZER, 2007, p. 7). Os autores ainda esclarecem que são “internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações de mercado” (GONÇALVES e STELZER, 2007, p. 3).

Como antítese aos argumentos expostos, os doutrinadores não simpatizantes da proliferação do discurso técnico econômico, baseiam-se na perspectiva de que para além da resolução dos conflitos, “percebe-se a colocação da decisão judicial numa cadeira de significantes, que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas” (ROSA e LINHARES, 2011, p. 90).

Esse paradigma nada mais faz que engessar o arcabouço das normas, substituindo conforme Rodell *apud* Rosa e Linhares (2011, p. 21): “o estado de direito pelo império dos economistas”, uma vez que tal teoria despreza todas as outras ciências da sociedade, já que se baseia no método exclusivamente econômico para aplicação do direito.

O totalitarismo economicista torna válido apenas as decisões fundamentadas sob a ótica do atendimento ao lema da maximização da riqueza, rebaixando a hierarquia das leis à submissão completa da lógica do custo e benefício (ROSA e LINHARES, 2011, p. 81), como se tal critério, conforme advertido por Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares (2011, p. 122), garantisse a função democrática do direito. Os referidos autores vão além e afirmam que:

A Law and economics convoca o Poder Judiciário a uma missão reformulada. Ao invés de se basear na tradição do direito, ao Poder Judiciário cabe a função de maximização da riqueza, restando, pois, o direito para o conceder a quem melhor puder fomentar ou prejudicar o mercado. Daí a importância de se controlar o critério da decisão. Por isso ganha importância o campo judicial, o qual precisa ser domesticado aos anseios do mercado, sob pena de transformar – dizem- num obstáculo ao desenvolvimento econômico. (ROSA e LINHARES, 2011, p. 76)

É a redução do direito à condição análoga a de escravo das consequências do mercado, equiparando os direitos fundamentais à categoria de direitos patrimoniais, sob a fusão de incluí-los sob a tutela do mesmo gênero, numa verdadeira subversão dos seus conceitos.

Ademais, o “discurso eficientista é capaz de anestesiar os crédulos de sempre” (ROSA e LINHARES, 2011, p. 142), embora não se possa romper com as regras do jogo democrático em nome da rapidez/ eficiência (aceleração) que não deve ser confundida com efetividade.

Aliás, já defendia Friedrich Hayek (1985, p. 129) que não se pode atribuir o conceito de justiça a processos econômicos, reduzindo o “termo à racionalidade econômica de diminuição dos custos e aumento dos benefícios” (GONÇALVES e STELZER, 2007, p. 7) como consagração da justiça econômica.

Conclusão

Exaltando os prós e contras, na pretensão de examinar questões que os operadores do direito não conseguem conectar com problemas concretos, fica claro que o que parece unir os praticantes da *Law and Economics*, em especial o direito, não é a idolatria da eficiência ou da racionalidade maximizadora, mas, sim, o inconformismo com a visão de que uma análise jurídica presa a justificações formais abstratas e desatentas ao mundo real é suficiente ao enfrentamento das celeumas jurídicas (KLEIN, 2011, p. 177).

Outrossim, o fato é que quando os custos de transação são altos o Estado por meio da personificação do juiz é instado a se posicionar acarretando decisões que proliferam efeitos. Daí que reagir contra a interdisciplinaridade entre direito e economia, para condená-lo, é posição que carece de racionalidade. Em que pesem os fatos sejam considerados sob a óptica quantitativa e empírica, própria do método econômico, isto em nada corrói a argumentação jurídica.

O diálogo entre esses dois ramos, sob a nomenclatura de Análise Econômica do Direito, em especial o Princípio da Eficiência Econômico-Social, não se traduz como o único

fundamento motivacional e legítimo do julgador na tomada das decisões, mas como uma etapa do silogismo capaz de auxiliar na construção da sintaxe discursiva do magistrado.

Diante do exposto, verifica-se que a utilização de um critério desapegado de conotações subjetivas, especificadamente o comportamento econômico, poderá auxiliar o magistrado na racionalização das motivações das suas decisões aproximando o critério retributivo Aristotélico (retorno das partes ao *status quo*) a um “ótimo” de Pareto e a eficiência social, para assim tornar possível a desmistificação da interdisciplinaridade entre o direito e a economia.

Assim, como demonstrado ao longo do trabalho, a Análise Econômica do Direito corrobora como um método que pretende implementar o ponto de vista econômico, assegurado pelos conceitos da eficiência, maximização da riqueza, custos e benefícios para auxiliar na criação da norma e no impacto das decisões judiciais.

Não obstante, se torna um novo viés para além da análise abstrata da norma, não se confundindo com direito econômico, tampouco reduzindo o mundo a questões monetárias. Não se trata, portanto, de uma teoria sobre valores, mas sim comportamentos humanos (escolhas racionais), conferindo uma nova roupagem ao direito legislativo e interpretativo ao assumir duas conotações investigativas: o impacto da norma jurídica quando da elaboração pelo legislador e, especialmente, conforme abordado neste artigo, a possibilidade de contribuir ao espaço argumentativo motivacional do juiz na tomada da decisão, como forma de repensar e construir um novo paradigma jurídico.

Referências

ARAÚJO, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Cristiano. **A análise econômica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38-47.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar M. A desregulação dos mercados e as recentes crises econômicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da *Law and economics*. **Boletim de Ciências Econômicas**. Coimbra, v. XLIX, 2006.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3 região**. São Paulo, n. 77, maio/jun., 2006.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18-36.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a ciência econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. Paper: Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_everton_goncalves_e_joana_stelzer.pdf>. Acesso em: 17 set. 2012.

GONÇALVES, Jéssica. Coisa julgada inconstitucional: uma leitura em torno dos instrumentos processuais de impugnação. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. - ISSN 1980-7791. p. 628-668.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1977.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios. Local: Editora, 1985.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLEIN, Vinícius. Posner é a única solução? In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 171-178.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

MERCADO, Pacheco Pedro. *El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo 1.

ORTOLAN, Josilene Hernandes; PADILHA, Sueli Norma. O impacto econômico do direito: em busca de uma economia mais justa e de um direito mais eficiente. Trabalho publicado nos anais do XVII do Congresso Nacional do CONPEDI – Brasília – 20/21 e 22 de novembro de 2008.

PARETO, Wilfredo. **Manual de economia política**. Tradução João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México. D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Cómo deciden los jueces*. Madri; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SALGE JR, Durval. **O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Prisma Jurídico, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TOKARS, Fábio. Por uma *law and economics* tupiniquim. **Estado do Paraná**, Curitiba, 13 de janeiro, 2008.

TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.