

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

GREISON BIANCHI

**ENTRE O MERCADO E A MORAL:
UMA ANÁLISE DA APROXIMAÇÃO ENTRE ECONOMIA E DIREITO**

PORTO ALEGRE

2021

GREISON BIANCHI

**ENTRE O MERCADO E A MORAL:
UMA ANÁLISE DA APROXIMAÇÃO ENTRE ECONOMIA E DIREITO**

Monografia apresentada como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito na Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Alejandro Montiel
Alvarez

PORTO ALEGRE
2021

GREISON BIANCHI

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 18 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez
(orientador)

Prof. Dr. Lúcio Antônio Machado Almeida

Prof. Edison Dri Consiglio Filho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ESCOLA DE CHICAGO	9
2.1	Análise Econômica do Direito de Richard Posner	11
2.2	Análise Econômica do Direito e a reformulação das estruturas jurídicas	13
3	OS LIMITES E A CRÍTICA À RACIONALIDADE ECONOMICISTA.....	18
3.1	A falácia economicista.....	19
3.2	O valor que damos às coisas.....	22
4	ENTRE O MERCADO E A MORAL	28
4.1	O jogo do Direito.....	30
4.2	Justiça negociada	32
4.3	Novas formas de entender o direito.....	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
	REFERÊNCIAS	38
	OBRAS CONSULTADAS	40

RESUMO

Este trabalho analisa de que forma ocorre a aproximação entre economia e direito. Esta tarefa vem sendo empreendida desde os anos 1960, pela tradição acadêmica da Análise Econômica do Direito (AED). Identificamos que esta aproximação se faz sobre bases teóricas da microeconomia proveniente dos estudos econômicos neoclássicos, e tem como um de seus objetivos avançar seus estudos sobre os comportamentos tradicionalmente não mercadológicos, dos quais o direito faz parte. Esse movimento sustenta que as relações jurídicas podem ser explicadas através das racionalidades individuais mobilizadas por cada agente que compõe essas relações, a fim de maximizar seus ganhos, como numa lógica de mercado. A aproximação entre economia e direito ocorre com a presença de atritos, contradições e disputas configurando um choque de posições que desafia valores morais. A partir de referencial bibliográfico apropriado, fizemos a análise dos pressupostos que orientam a abordagem econômica, questionando sua adequação para a explicar as relações jurídicas. Com base nessa análise, sustentamos que a aproximação entre economia e direito é algo possível e desejável em determinados contextos e circunstâncias. Concluimos que a relação entre mercado e moral não é facilmente separável. Tem relação de reciprocidade, cada lado com sua intensidade de força limitadora do outro, mas com cada vez maior poder pendendo para o lado do mercado.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Mercado; Moral.

ABSTRACT

This paper analyzes how the approximation between economics and law occurs. This task has been undertaken since the 1960s, by the academic tradition of Law and Economics. We identified that this approach is based on theoretical bases of microeconomics from neoclassical economic studies, and has as one of its objectives to advance its studies on non-market behaviors, of which the law is part. This movement maintains that legal relationships can be explained through the individual rationalities mobilized by each agent that makes up these relationships, in order to maximize their gains, as in a market logic. The approximation between economics and law occurs with the presence of frictions, contradictions and disputes, constituting a clash of positions that defies moral values. Based on an appropriate bibliographic reference, we analyzed the assumptions that guide the economic approach, questioning its adequacy to explain legal relations. Based on this analysis, we maintain that the approximation between economics and law is possible and desirable in certain contexts and circumstances. We conclude that the relationship between market and morals is not easily separable. It has a reciprocal relationship, each side with its intensity of limiting force on the other, but with increasing power hanging over the side of the market.

Keywords: Law and Economics; Market; Morals.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo analisar a forma como ocorre a crescente aproximação entre direito e economia. O objetivo central do trabalho é possibilitar uma apreciação dos pressupostos que sustentam tal aproximação e as possíveis consequências de um maior protagonismo da abordagem econômica, em sua forma específica de mercado, na análise dos fenômenos jurídicos, a partir da tradição teórica da Análise Econômica do Direito (AED).

A relevância dessa análise se justifica na medida em que as lógicas economicistas de mercado já se inserem em outras áreas da vida e na constituição dos estados modernos. A política neoliberalizante é ditada pelo capital consolidado e multinacional para o qual se tornam inapropriadas as normas que impeçam sua expansão globalizante na conquista de novos mercados. Assim, é natural que o pensamento racional econômico trate de se aproximar do direito e a ele gradualmente dê sua forma. Tem fundamental importância acompanhar os movimentos jurídico-teóricos que tem protagonismo na lógica econômica e jurídica inserida na atuação de governos, corporações e nos próprios cidadãos.

Nesse sentido, apresentaremos a construção teórica das primeiras abordagens econômicas do direito e sua evolução até o movimento da AED, destacando as potenciais transformações do mundo do direito dela advindas. Esse campo não apenas pretende reivindicar uma posição de respeito na análise dos fenômenos jurídicos, mas objetiva, também, uma reformulação das próprias estruturas do direito como campo do saber. Assim, é de nosso interesse conhecer como esse processo ocorre, quais seus limites e contradições.

A proposição geral deste trabalho é de que a aproximação entre direito e economia não se dá de forma suave e sem traumas. Em muitos momentos essa aproximação é na verdade um choque de posições que desafia valores morais consolidados da sociedade. Sustentamos, nestas páginas, que o embate entre lógica de mercado e limites morais da sociedade apresenta momentos de atrito insuperável, mas também circunstâncias de benéfica atuação cooperativa na busca por explicar os fenômenos sociais. Dessa ideia, defendemos que lógica de mercado e moral são inseparáveis, e o choque permanente entre os dois conceitos é elemento próprio da reciprocidade característica de sua relação.

Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método dedutivo, e a pesquisa bibliográfica buscou analisar as abordagens de temas relevantes para o estudo. A ideia principal foi montar um conjunto teórico que fundamente e propicie um olhar preliminar sobre a aproximação entre direito e economia e suas principais implicações.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ESCOLA DE CHICAGO

A Análise Econômica do Direito, como se constitui nos dias de hoje, é uma tradição acadêmica que nasceu dos esforços de sistematização de estudos iniciados na Universidade de Chicago, Estados Unidos, em um período pós-depressão entre os anos 1930 e 1950. Esses estudos pioneiros aproximavam as Ciências Econômicas dos fenômenos jurídicos, e davam conta de desenvolver teorias que tentavam aplicar conceitos e visões baseados na economia a casos em que o direito apreciava demandas estritamente econômicas, como corporações, impostos, Direito Comercial e Direito Antitruste.

A partir dos anos 1960, ocorre um deslocamento da presença da análise econômica para áreas do direito não tradicionalmente econômicas. A teoria econômica passa a tentar explicar a construção de regras de responsabilidade civil, teoria da pena, direito processual penal, civil e administrativo, direito de propriedade, contravenção e até mesmo direito constitucional.

No caso do direito de propriedade, por exemplo, a visão proveniente dessa movimentação reforça a ideia de que um ordenamento jurídico mal desenvolvido no que se refere ao direito de propriedade pode gerar falhas de mercado e, conseqüentemente, ineficiência. Para os teóricos dessa corrente, se a economia tem peso e influência sobre tantos aspectos da vida humana, por que motivo não deveria ter peso semelhante no direito?

A economia coloca-se, assim, em posição de reivindicar o mesmo lugar de influência que outras disciplinas tem sobre o direito, como a filosofia ou a história. A economia, segundo essa visão, também tem algo a dizer sobre como o direito é constituído, aplicado e ensinado.

A teoria econômica sempre esteve próxima disso durante seu desenvolvimento histórico com pensadores como Jeremy Bentham, Adam Smith, Thomas Hobbes, e David Hume, abordando fenômenos como a propriedade, monopólios, concorrência e regulação. Mas é na Escola de Chicago que a teoria econômica parece ter conseguido completar essa conexão, e a partir daí coloca em marcha uma expansão para outras partes dos Estados Unidos e do mundo, a fim de reforçar sua influência sobre sistemas jurídicos onde a AED constitui algo estranho e ainda não explorado.

É nesse ponto da história da Escola de Chicago que surgem grandes expoentes da AED, como Gary Becker, Ronald Coase e Richard Posner. É com esses nomes que a AED se expande, ganha respeito no meio jurídico e amplia sua influência na explicação dos fenômenos jurídicos. Para Posner, nessa época “parecia não haver mais campo algum do direito que, interpretado sob a ótica econômica, não produzisse resultados elucidativos.” (POSNER, 2011, p. 7).

Becker, considerado por muitos como o grande economista da economia não mercadológica, foi firme defensor do avanço da teoria econômica sobre uma variedade de comportamentos normalmente não associados à economia e aos mercados. Levando sua análise econômica ao crime, à discriminação racial e ao casamento e divórcio.

Ronald Coase criou seu famoso teorema sobre transações e custo social e explorou a observação da lógica de mercado operante em vários aspectos da vida. Direcionou seu trabalho para a ideia de que instituições e sistemas jurídicos são melhor compreendidos se analisados sob a ótica econômica. Esses estudiosos promoveram uma integração com os pressupostos da velha relação economia-direito para criar uma nova teoria econômica do direito com um robusto poder analítico e com vasto suporte empírico.

Apesar de esse movimento contar com uma ampla variedade de intelectuais, programas e disciplinas, é sobre Richard Posner que recai nosso foco de análise no presente trabalho, pois é nesse nome que a AED encontra seu principal representante, propagador e pensador, o que é consolidado pelo livro *Economic Analysis of Law*, de 1973, obra que tornou-se referência para os estudantes da Universidade de Chicago. Esse desenvolvimento da AED, encabeçado por Richard Posner, juntamente com seus subsequentes pressupostos de análise, são os pontos que serão abordados nas páginas seguintes, com o objetivo de entender qual abordagem econômica o impulsiona e que transformações ele é capaz de possibilitar.

2.1 Análise Econômica do Direito de Richard Posner

Embora não caiba, neste momento, fazer percursos aprofundados sobre conceitos avançados de teoria econômica, e muito menos seria esta a intenção deste despretenhoso estudante, faz-se necessário entender de que parte da economia a AED se serve para realizar seus estudos. A economia, como conceito amplo, é uma maneira de distribuir de maneira tão eficiente quanto possível bens e produtos em um mundo que tem como uma de suas premissas a escassez de recursos.

Polanyi (2012) afirma que essa é uma ideia substantiva, consolidada e imposta aos homens independentemente de outras considerações. O ser humano, para subsistir, precisa de um ambiente físico propício para isso, e é a satisfação desses requisitos mínimos que constitui essa ideia ampla, independente da racionalidade mobilizada pelo homem para cumprir a tarefa.

Na maior parte das vezes, porém, a economia é entendida como a porção que dela experimentamos empiricamente em nossas vidas cotidianas. Nossas compras no supermercado, investimentos financeiros, empréstimo bancário, financiamento de uma casa, nossa inserção no mercado de trabalho. Todos esses fenômenos envolvem trocas econômicas e movimentações de dinheiro entre quem fornece e quem compra um bem ou um serviço, ou seja, uma lógica de mercado.

Essa lógica, segundo Posner (2011), parte da premissa de que o valor de um bem é definido a partir de sua utilidade, configurada na capacidade que esse bem tem de satisfazer determinada necessidade humana. Portanto, percebemos que há um forte elemento subjetivo na formação do valor de um bem, subjetividade esta manifesta na racionalidade individual de cada agente, definindo fundamentalmente a conhecida teoria da oferta e da procura. A oferta é influenciada pelos produtores e a procura influenciada pelo consumidor para estabelecer os preços das mercadorias, fazendo, teoricamente, os mercados tenderem a um equilíbrio.

Esses são precisamente os termos do que se convencionou chamar de *microeconomia*. Esta é a parte da economia - especialmente da tradição neoliberal - que trata dos agentes econômicos privados básicos que fazem parte da economia: os consumidores e produtores. Ela busca a compreensão de como esses agentes atuam, suas características, a maneira como seu comportamento influencia suas buscas, demandas e necessidades, seu modo de consumo. Nesse sentido ensina Bresser-Pereira:

Realmente a microeconomia, que é o resultado direto do pensamento clássico e neoclássico, recebe este nome porque parte sempre dos dois agentes econômicos privados básicos: os consumidores e os produtores. Mas é importante salientar que a microeconomia não se limita, em absoluto, a realizar a análise do comportamento dos consumidores e dos produtores (...) A microeconomia parte, sem dúvida, da análise desse comportamento, mas sempre com o objetivo de lograr uma compreensão do funcionamento do sistema econômico como um todo. (BRESSER-PEREIRA, 1968, p. 4).

Essa compreensão demonstra que a ideia que envolve a microeconomia é a de se ater aos fenômenos produzidos nessa relação entre consumidor e produtor, porém com o objetivo de fazer as generalizações que permitam compreender o sistema econômico como um todo, determinando as condições gerais de equilíbrio da economia. Para concretizar essa tarefa, é preciso pressupor que: agentes individuais usam sua racionalidade e relacionam-se entre si economicamente; o mercado onde esses agentes se encontram tende ao equilíbrio, constituindo o melhor meio de distribuição de recursos; o contexto é de escassez desses recursos.

É esse enfoque que Richard Posner extrai das ciências econômicas para fazer sua aproximação entre elas e o direito. Ele parte do princípio de que os fenômenos sociais mediados por dinâmicas jurídicas, como leis ou decisões judiciais, são explicados a partir das escolhas racionais dos indivíduos. É a escolha individual racional que sustenta a análise do direito que Posner faz.

Essas decisões individuais racionais são conectadas ao conceito de *homo economicus*¹, segundo o qual o indivíduo traça suas estratégias e cria suas oportunidades para maximizar seu interesse próprio. O indivíduo nesse contexto executa ações racionais sempre no sentido de fazer ou deixar de fazer algo que permita a si próprio aumentar sua satisfação, sua riqueza, suas possibilidades de agregar coisas prazerosas ou necessárias para sua subsistência:

The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives — that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so. (POSNER, 1986, p. 23).

¹ Insistimos nessa analogia mesmo com a preferência de Posner de recusar a ideia de *homo economicus* em favor da ideia de um indivíduo dotado de pragmatismo que o conduz a escolhas baseadas no custo-benefício. Uma imagem dotada de impetuosidade competitiva, materialista e ambiciosa, típica do cidadão norte-americano.

Dessa proposição, Posner (1986) desdobra três princípios fundamentais da economia: 1) a Lei da Demanda; 2) a pressuposição de que os consumidores tentarão sempre maximizar racionalmente sua satisfação e a utilidade de seus ganhos; 3) se um mercado for oportunizado, os recursos tendem a deslocar-se em direção ao ponto onde eles tem maior valor de uso. É essa análise do comportamento humano racional condicionado pela lógica econômica que é o objeto de interesse da Análise Econômica do Direito. Essa constitui a ciência instrumental e empírica da escolha racional individual em um mundo com escassez de recursos, que pode elaborar modelos explicativos que ajudem na previsibilidade e controle das ações humanas.

Posner (1986) sustenta que a análise econômica é uma ferramenta poderosa para analisar praticamente todos os aspectos do direito, a fim de explorar as implicações jurídicas do fato de que o homem é um agente maximizador do seu interesse próprio, e prever corretamente como esse indivíduo responderá quando as condições do seu contexto mudarem. O que Posner quer dizer é que não basta um operador do direito entender como o preço de determinada mercadoria varia em função de comportamentos, oferta, variação de outros preços ou da cotação do ouro. É preciso conectar esses fatores com o direito, e entender o que essas flutuações tem a ver com liberdade de expressão, taxa de criminalidade, direito de propriedade ou Direito Administrativo.

2.2 Análise Econômica do Direito e a reformulação das estruturas jurídicas

Para Posner, não há motivos para o direito, bem como tantas outras áreas de nossas vidas, não serem suscetíveis de análise por parte das ciências econômicas. Se as pessoas, em um ambiente de economia de mercado, são racionais em suas interações sociais e fazem ou deixam de fazer algo em nome do ganho de utilidade que isso a elas reverte, não será assim no âmbito da justiça? Nesse caso, os consumidores e produtores serão criminosos, promotores públicos, juízes, partes em ações, e adotarão, em seu fazer, práticas racionais semelhantes às de qualquer negócio que celebrarem. Em seu livro *The Economics of Justice*, de 1981, ele aborda o tema comportamento não mercadológico, tratando de estabelecer em que esferas da vida o comportamento racional transita:

Is it plausible the people are rational only or mainly when they are transacting in markets, and not when they are engaged in other activities of life, such as marriage and litigation and crime and discrimination and concealment of personal information? Or that only the inhabitants of modern Western (or Westernized) societies are rational? If rationality is not confined to explicit market transactions but is general and dominant characteristic of social behavior, then the conceptual apparatus constructed by generations of economists to explain market behavior can be used to explain nonmarket behavior as well. (POSNER, 1981, p. 9).

Para ele não faz sentido algum afastar partes de nossa vida do cálculo econômico racional, uma vez que a definição dessas áreas da vida como não compatíveis com a racionalidade de mercado (o direito, o casamento, as relações com os vizinhos ou as eleições para cargos políticos) é feita por razões diferentes de razões positivas. Essas razões estão geralmente calcadas em aspectos culturais, morais, consuetudinários. Razões que são próprias, segundo Posner, de uma sociedade que não tem uma posição homogênea sobre questões complexas e polêmicas e seus fundamentos morais. Isso seria um motivo que reforça o uso da análise econômica em diversas áreas da vida, especialmente no direito.

A quantificação transforma o complexo em simples, introduz um tipo de disciplina racional de custo-benefício e faz situações que não são tipicamente de mercado se converterem em situações de mercado, removendo os questionamentos controversos que impedem as pessoas de pensar objetivamente. O método da AED procura a solução que possa resultar no maior benefício possível, desconsiderando a tradicional ética moralista e favorecendo o utilitarismo. Quantificar as questões para simplificar as decisões é, para Posner, tornar o direito cada vez mais algoritmizado e quantitativo, a ponto de tornar irrelevantes as preocupações morais tradicionalmente associadas à teoria do direito:

Em primeiro lugar, essa abordagem oferece um ponto de vista imparcial sobre temas jurídicos politicamente controversos. Os estudiosos convencionais da falência tendem a ser partidários dos devedores ou dos credores (razão pela qual o curso sobre falência é às vezes chamado de “Os direitos dos devedores” e, outras vezes, de “Os remédios judiciais dos credores”, em vez de simplesmente “Falência”). O economista, por sua vez, não favorece nenhum dos lados, Favorece apenas a eficiência. Em segundo lugar, a abordagem econômica frequentemente desfaz antinomias que podem suscitar disputas (neste caso, ao demonstrar as relações mútuas entre os interesses dos devedores e dos credores). (POSNER, 2011, p. 11).

Um economista não se posicionará sobre o que ele acha moralmente aceitável em assuntos como taxa de criminalidade, e não dirá o que a sociedade deve fazer para controlar os assaltos. O economista fornecerá um ponto de vista imparcial de que será ineficiente deixar os assaltos sem controle algum. Da mesma maneira, a análise econômica na administração pública, ancorada na relação custo-benefício, terá a capacidade de limitar severamente o fator político, muitas vezes pouco ou nada eficiente, na tomada de decisão de investimentos públicos.

Assim, Posner sugere que é necessária toda uma ciência do comportamento não mercadológico, ao qual o direito pertence, mesmo que a atuação do direito regule tanto o comportamento mercadológico quanto o não mercadológico. O trabalho da análise econômica será o de alertar sobre as consequências que os não economistas tendem a negligenciar, e que normalmente revelam-se adversas ou onerosas. Essa aplicação da economia “deve ser bem-vinda pelos advogados que julguem importante descobrir quais são as consequências reais das doutrinas e instituições jurídicas, inclusive aquelas que os profissionais do direito consideram intocáveis.” (POSNER, 2011).

O direito, para ele, tem a função de se inserir nos mercados e fazer deles o melhor que podem ser, facilitando suas operações. Isso porque o direito, seja nas leis positivadas ou no que é proferido em sentenças judiciais tem o poder de influenciar a distribuição e a otimização da riqueza. Para isso, Posner propõe que essa aproximação com a economia se dê em todas as esferas do direito, com uma profunda reformulação da atividade dos juízes e tribunais, da maneira como são elaboradas as leis que regulam, por exemplo, a responsabilidade civil e o crime, da profissão do advogado e da maneira como o direito é ensinado nas faculdades.

O objetivo é criar um grande sistema de referenciamento que possa quantificar e precificar diversos aspectos das estruturas jurídicas a fim de facilitar as tomadas de decisão, tanto para criação de leis como para as decisões de juízes e tribunais. Isso porque o direito, com seus elementos, na maioria das vezes faz isso com ineficiência, o que, não raro, leva a uma situação de injustiça.

Em seu artigo, Gonçalves e Stelzer (2014) atestam essa ideia, e afirmam que essa mudança estrutural no que diz respeito às bases que orientam as tomadas de decisão deveriam ser interpretadas como algo positivo para a sociedade. Isso porque a atividade racional de fazer escolhas que resultam em tomadas de decisão deve ocorrer pautada pela busca da eficiência, baseada, por exemplo, no cálculo do custo-benefício:

Portanto, se, criar o Direito, é identificar determinada norma-política tida como justa e adequada, nada mais conveniente que esta se apresente universal e correspondente, pelo menos, ao ideal básico dos indivíduos, qual seja, o de sobrevivência sendo garantido o não desperdício dos escassos meios. Evita-se, desta forma, o desconforto de normas criadas com critérios puramente políticos e atuações judiciais que, quando não legitimadas pela interpretação política da lei, traduzem o entendimento pessoal e imponderável da individualidade própria do juiz. (GONÇALVES e STELZER, 2014, p. 9).

Isso é positivo para a coletividade, segundo eles, pois a AED é uma ferramenta poderosa de transformação social através das premissas do próprio sistema vigente. Forçar os gestores a tomar decisões pautadas pela eficiência econômica de seus resultados, implicaria a diminuição de tomadas de decisão sob discricionariedade orientada por fatores políticos, potencialmente ineficientes. Sustentam que “é possível, inclusive, afirmar que o Direito eficiente nem sempre é justo, no sentido equitativo de justiça, porém, a decisão não eficiente, quase sempre, é injusta”. (GONÇALVES e STELZER, 2014, p. 5).

Assim, até mesmo movimentos políticos e sociais que se opõem às estruturas jurídicas vigentes, supostamente garantidoras, pelo *status quo*, de uma ordem econômica que mantém as peças do tabuleiro sempre nas mesmas posições, deveriam exaltar as possibilidades trazidas pelo comportamento racional e eficiente da AED, pois tornariam as estruturas jurídicas aptas a propiciar os meios necessários para que os ocupantes de posições desvantajosas no tabuleiro possam desafiar as posições dominantes com argumentação eficiente que resulte em uma melhor alocação de recursos, cambiando ou pelo menos equiparando as posições:

Se o Direito é visto como instituído juntamente com a ideia de Estado-nação para legitimar a prática capitalista-burguesa através da livre contratação e da estipulação da propriedade privada, alicerçando a ascensão e prosperidade das classes, hoje, incluídas e possuidoras em detrimento de outras excluídas e desapropriadas; através da LaE, tem-se instrumento de questionamento dessas arbitrariedades, evitando-se a argumentação político-jurídica em detrimento da técnica calculista. (GONÇALVES e STELZER, 2014, p. 5).

A AED, nesses termos, é alternativa para repensar o direito sem destruí-lo, mas dando-lhe significação em relação aos fatos presentes e reais. A reestruturação baseada em um sistema de preços, autorreferencial, acaba sendo uma reformulação muito além do

direito, mas de todo o estado. Na teoria, a AED é inegavelmente uma maneira de ancorar tomadas de decisões em parâmetros mais concretos, que impõe um valor às possíveis escolhas para, a partir dessa valoração, aplicar uma lógica de desempenho naturalizada por esses indivíduos. A situação de mercado é transportada para todas as situações da vida, e as escolhas passam a ser movimentos de um jogo.

3 OS LIMITES E A CRÍTICA À RACIONALIDADE ECONOMICISTA

É importante questionar se o comportamento racional economicista é algo realmente redentor e impulsionador do homem, fazendo-o mais facilmente atingir o progresso por sua ação calculada. Não é diminuto o número de autores que se debruçaram sobre a tarefa de desmistificar os pressupostos da AED, bem como da racionalidade economicista nos diversos campos da vida dotados de comportamentos não mercadológicos.

Alguns teóricos, como os adeptos dos Estudos Jurídicos Críticos (EJC), nos Estados Unidos nos anos 1970, também propunham uma reformulação do direito, mas em sentido oposto ao da AED. Eles assumem uma posição favorável à reformulação do direito, criticando o positivismo formalista, com vistas à democratização da tomada de decisões e fazendo o direito responder aos reais anseios sociais. Não apresentaram-se apenas como movimento teórico, assumiram também postura marcadamente política. Enquanto a AED sustentava que a justiça social estava nos números e nas decisões economicamente eficientes, os teóricos dos EJC questionavam as relações de poder ocultas ou implícitas às normas e à prática jurídica, sendo estas as potencialmente perpetuadoras de injustiças sociais.

Este estudante tende a concordar com a ideia de que, na prática, parece pouco provável que grupos de interesse com menor apelo e poderio econômico possam usar a abordagem racional-eficiente da AED como maneira de distribuir melhor sua participação nos meandros das estruturas de poder ou fazer com que elaborações de leis reflitam um respeito a bens jurídicos socialmente desejados como resultado da ação racional economicista. Isso porque é justamente a análise utilitarista do custo-benefício que constitui a barreira mais notável à perseguição do respeito a direitos que se supõe preteridos em favor do que é economicamente eficiente.

Outra crítica à AED com muito peso e respeito é direcionada por Ronald Dworkin (2000), ao defender a existência de direitos individuais que vêm antes de qualquer legislação formulada, e que não estão disponíveis para a relativização ou detrimento em favor do cálculo econômico. Na sua crítica, o autor sustenta que o bem-estar da coletividade está nas atividades que de imediato trazem a melhoria desse bem-estar, e não a partir da vigilância e do cálculo incessante das consequências econômicas de cada ato do indivíduo. Dissocia *quantificação* de *princípios*, alertando para o fato de que o direito,

em sua formação, respeita uma concatenação principiológica que não aceita fragmentação e relativização, isto é, o direito como integridade é a melhor forma de concebê-lo, rejeitando o pragmatismo e o economicismo exacerbados. O valor indiscutível que muitos teóricos atribuem à razão economicista deve, segundo Dworkin (2000), ser afastado em favor da revitalização do espaço democrático, então ocupado pela dominação do discurso voltado para os valores utilitaristas.

A esses questionamentos adicionaremos duas visões especialmente importantes para o presente trabalho quando o tema é a crítica a pressupostos que dão suporte à AED. Mesmo que não sejam uma crítica direta ao movimento da AED, eles trazem elementos muito relevantes que embasam o questionamento de racionalidades fundamentais para a análise econômica e a difusão da lógica de mercado. Formula-se uma crítica apoiada em Karl Polanyi, no que diz respeito a recuperar o sentido material da economia, frequentemente confundido, na teoria econômica neoclássica, com as formas de mercado. Depois, com apoio nas ideias de Michael Sandel, trataremos sobre como a sociedade valora as coisas.

3.1 A falácia economicista

Mercado é não é o mesmo que Economia. Esta singela afirmação resume o tema tratado logo na abertura do livro *A subsistência do homem e ensaios correlatos*, de Karl Polanyi. O que sobra em simplicidade na expressão, igualmente sobra em força teórica. A ideia de Análise Econômica do Direito tem, na premissa de Posner (1981), autoridade para avançar sobre os comportamentos não mercadológicos baseada no argumento de que em condições normais da vida cotidiana o indivíduo jamais abandona o comportamento racional visando maximizar suas vantagens.

Nas palavras de Posner (1981), se a racionalidade é uma característica geral e dominante do comportamento social, então o aparato conceitual construído pelos economistas para explicar os mercados está apto a explicar o comportamento não mercadológico também.

Mas é preciso corrigir um equívoco interpretativo sobre o que vem a ser o comportamento racional observado em contextos não mercadológicos e sua relação com

o cálculo racional que Posner sugere ser aplicável a esses elementos não mercadológicos de nossas vidas.

A confusão é denominada por Polanyi (2012) como *falácia economicista* e, para os propósitos analíticos deste trabalho, recai sobre o fato de que Posner e os teóricos da AED, ao abordar o conceito de escassez/maximização, colocam a economia de mercado como a única interpretação possível da economia. Trata-se mais de uma visão de como os adeptos dessa teoria acreditam que deve ser o mundo do que uma realidade verificada empiricamente.

Polanyi (2012) afirma que o erro fundamental dessa teoria é sustentar a noção de que os processos econômicos das sociedades humanas são apenas aqueles relacionados exclusivamente à expressão moderna da sociedade de mercado. Essa visão marginaliza todas as formas de distribuição dos produtos e da riqueza durante a maior parte da história humana.

Para desfazer a confusão, Polanyi (2012) assevera que não se pode abandonar a diferenciação entre o que ele chama de sentidos *formal* e *substantivo* da economia. O sentido formal tem a ver com a economização da sociedade, apoiada no comportamento humano maximizador de seus recursos escassos. Se manifesta no ato de economizar ou de conseguir algo a baixo preço, uma *vantagem*. O sentido substantivo é entendido como o aspecto físico das necessidades do homem, é um processo de interação entre o homem e seu ambiente.

Não pode haver sociedade sem que exista, com ela, algum tipo de economia substantiva. É ela que move os recursos necessários a sua subsistência. A dificuldade de distinção se assenta no fato de que a economia é controlada pelo sistema de mercado formador de preços. Enquanto a situação for essa, os significados formal e substantivo na prática são iguais. Isso faz com que, aparentemente, não existam razões fortes para que se faça essa distinção. Assim observa Polanyi:

A falácia é evidente: o aspecto físico das necessidades do homem faz parte da condição humana; não pode existir sociedade que não possua algum tipo de economia substantiva. Por outro lado, o mecanismo de oferta-procura-preço (que chamamos mercado, em linguagem popular) é uma instituição relativamente moderna e possui uma estrutura específica. Não é fácil estabelecê-la nem mantê-la em funcionamento. Reduzir o âmbito do *econômico* especificamente aos fenômenos de mercado é eliminar a maior parte da história humana. (POLANYI, 2012, p. 48).

Polanyi, ao fazer essa distinção, pretende afastar a identificação automática da economia com sua forma de mercado. Também pretende afastar o que ele chama de “anacronismo conceitual”, configurado na pretensa aplicabilidade universal da teoria econômica moderna, da qual a AED é tributária. Nessa direção, dinheiro e mercado teriam existências históricas independentes e incomparáveis, sendo o mercado como grande sistema formador de preços uma manifestação fundamental da moderna economia capitalista:

[...] ampliar o conceito de mercado para fazê-lo abarcar todos os fenômenos econômicos é atribuir a todas as questões econômicas as características peculiares que acompanham um fenômeno específico. É inevitável que a clareza do pensamento fique prejudicada. (POLANYI, 2012, p. 48).

Apoiados em Polanyi, poderíamos formular uma teoria em resposta à de Posner, afirmando que se a economia tem distintas manifestações ao longo do *continuum* histórico e os sistemas de mercado são elemento de sustentáculo apenas das formas modernas da economia capitalista, bem como o comportamento racional econômico dos indivíduos em contextos não mercadológicos está associado à visão substantiva da economia, então existe uma lacuna imensa do comportamento racional humano de contextos não mercadológicos sobre o qual a moderna Análise Econômica do Direito não pode reivindicar poder analítico algum.

Essa disputa não teve ainda um vencedor declarado, mas Polanyi segue tendo importância ímpar quando o objetivo consiste na análise de economias como sistemas sociais. Sua crítica encara de frente as ideias de lógica autorreferenciada de economia moderna que sujeitam as sociedades à ordem econômica dos mercados, tornando-as um acessório:

O mecanismo de mercado criou a ilusão de que o determinismo econômico é uma lei geral de toda a sociedade humana. É claro que essa lei é válida numa economia de mercado. Nesse caso, aliás, o funcionamento do sistema econômico não só influencia o resto da sociedade, mas efetivamente o determina – tal como num triângulo, os lados não se limitam a influenciar, mas determinam os ângulos. (POLANYI, 2012, p. 55).

Durante grande parte da história humana aconteceu o inverso: as relações econômicas é que estavam subordinadas às relações sociais de natureza política. O fato é que uma sociedade não pode existir sem um aparato produtivo e, de forma inédita, com o passar dos tempos, a organização econômica desse aparato produtivo evoluiu tornando-se de tal forma autônoma que seus elementos passaram a ter um crescente poder sobre as sociedades humanas modernas.

A análise de Polanyi (2012) nos revela o contexto de emergência de uma sociedade de mercado. Se no passado a esfera econômica estava inserida na sociedade, como um de seus elementos, no presente uma sociedade inteira se insere nos seus mecanismos de mercado. É justamente a associação falaciosa entre economia e mercado que propiciou essa mudança. Isso é um elemento novo, e é importante para nosso trabalho pois significa dizer que a existência social do homem apenas poderia ser explicada pelas noções das ciências econômicas modernas na sua porção que acontece sob o capitalismo, pois o domínio da definição formalista da economia foi originado por condições específicas e especiais.

3.2 O valor que damos às coisas

Neste trabalho, estamos abordando as relações entre mercado e o direito, que não apenas é nosso campo de estudo e nossa futura profissão, mas antes disso, algo que sempre está amarrado aos acontecimentos mais diversos de nossas vidas. A maneira como o direito é estruturado, e as bases que sustentam esse arcabouço, por certo tem o poder de influenciar de maneira muito marcante os acontecimentos em todas as áreas da existência humana. Nosso intento é trazer à discussão questões que, nos parece, vem passando despercebidas e sem a devida abordagem pelo discurso público e pela sociedade em geral.

Na primeira parte deste trabalho vimos as formidáveis vantagens que uma abordagem racional das coisas da vida podem proporcionar à estruturação do Direito e também de toda a sociedade. O ponto controverso se consolida, como vimos, no avanço das práticas de mercado sobre elementos da vida que não são costumeiramente pautados por lógicas economicistas. Os adeptos da AED sugerem que esse avanço seja indefinido, colocando a lógica racional-econômica no centro de toda a ação do indivíduo. Quanto

mais quantificadas nossas decisões, mais justas e adequadas elas serão. Não há, então, limites econômicos para a porção de nossas vidas que pode ser pautada pela lógica dos mercados.

Porém, há muitas vozes que, em oposição, dizem que nosso contexto vai cada vez mais se transformando em uma sociedade de mercado em detrimento do que deveria ser uma economia de mercado. Tudo parece ser comercializável e nenhum limite parece conter os interesses financeiros sobre todas as áreas da vida. Perguntarmo-nos, então, quais são os limites morais desse mercado.

O referencial teórico que nos auxilia nessa abordagem reside na obra do filósofo estadunidense Michael J. Sandel, que faz a reflexão sobre até que ponto devem prevalecer os valores de mercado sobre questões que normalmente não eram alcançadas por eles, como saúde, educação, reprodução humana ou meio ambiente, em um contexto em que o mercado não se limita mais à venda de bens materiais, e passou a alcançar outras áreas da vida social que, até então, eram imunes à sua influência. Sandel explica que:

Vivemos numa época em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Nas três últimas décadas, os mercados — e os valores de mercado — passaram a governar nossa vida como nunca. Não chegamos a essa situação por escolha deliberada. É quase como se a coisa tivesse se abatido sobre nós. (SANDEL, 2016, p. 10).

Em seu livro *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, publicado em 2012, Sandel pergunta-se se “Há alguma coisa que o dinheiro não pode comprar?”. Isso basicamente coloca frente à frente duas ideias opostas de justiça. A primeira diz que a moral de determinado ato do indivíduo depende unicamente das consequências que esse ato acarreta. A segunda diz que as consequências não podem e nem devem ser tudo com o que devemos nos preocupar. De acordo com essa segunda visão, alguns deveres e direitos devem ser observados, independentemente das consequências sociais de nossos atos:

A moral é uma questão de avaliar vidas quantitativamente e pesar custos e benefícios? Ou certos deveres morais e direitos humanos são tão fundamentais que estão acima de cálculos dessa natureza? Se certos direitos são assim fundamentais - sejam eles naturais, sagrados, inalienáveis ou categóricos -, como poderíamos identificá-los? E o que os torna fundamentais? (SANDEL, 2012, p. 47).

A questionamentos como esse, o filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) tinha posição firme e resposta pronta. Considerava absurda a ideia de direitos naturais, e acreditava na doutrina utilitarista centrada na ideia de que o mais elevado objetivo moral está consignado na busca da felicidade. Se somos dominados pelo prazer e pela dor, orientamos nossas ações na busca de um e na fuga do outro. Assim, fazer a coisa certa é fazer aquilo que nos confira mais utilidade no sentido de maximizar nossos prazeres.

A essa ideia aparentemente simples, Sandel (2012) assentou sua objeção no sentido de questionar como a racionalidade utilitarista poderia tratar os direitos individuais. Atacou o desatino moral da visão utilitarista citando brilhantemente o caso de uma companhia de cigarros atuando na República Tcheca. Diante da iminência do aumento de impostos sobre a venda de cigarros por parte do governo, em razão dos presumidos altos custos públicos com saúde devido ao tabagismo, a referida companhia elaborou extenso estudo demonstrando ao governo que, na verdade, o saldo entre custo com saúde e a arrecadação de impostos era positivo, uma vez que os tabagistas tendiam a morrer cedo, economizando dinheiro público. Do ponto de vista do cálculo econômico as coisas estavam corretas. Porém, a repercussão pública do caso foi devastadora para a imagem da companhia, cujo diretor desculpou-se, declarando que realmente o estudo mostrava um desrespeito absolutamente inaceitável pelos valores humanos básicos.

Esse caso mostra uma insensibilidade brutal com valores morais básicos. Segundo Sandel (2016), ter uma economia de mercado é usar o mercado como uma ferramenta valiosa de organização da atividade produtiva. Ser uma sociedade de mercado é ter um modo de vida em que os valores de mercado ditam cada aspecto das relações sociais.

Nesse segundo caso, as relações sociais são formatadas à imagem do mercado. Optar por uma economia de mercado em lugar de uma sociedade de mercado significa assumir que em certas circunstâncias, ainda que inovadoras, se admite que a abordagem mercadológica faz sentido. Mas não é só isso. Significa também identificar os casos em que a lógica de mercado deve ser mantida à distância. Para isso,

temos de decidir que valor atribuir aos bens em questão — saúde, educação, vida familiar, natureza, arte, deveres cívicos e assim por diante. São questões de ordem moral e política, e não apenas econômicas. Para resolvê-las, precisamos debater, caso a caso, o significado moral desses bens e sua correta valorização. (SANDEL, 2016, p. 15).

A preocupação tem essa dimensão porque, infelizmente, algumas coisas boas da vida são corrompidas quando transformadas em mercadorias. Sandel propõe analisar alguns casos para ilustrar essa tentativa de dar significado moral e correta valorização aos bens e direitos. No caso da escravidão, a prática era ultrajante, segundo Sandel, porque tratava os escravos como mercadorias que eram vendidas em leilão e mal tratadas. Isso era, ainda que socialmente aceito, uma maneira errada de tratar o ser humano. Analiticamente semelhante é o caso das crianças. Não existe um mercado de crianças pois existe nelas um valor que não queremos que seja corrompido. Ainda que, ao contrário dos escravos, as crianças fossem bem tratadas, restaria, mesmo assim, um sentimento moral de que elas estão sendo tratadas de forma errada, atribuindo valor ao direito individual, por exemplo (SANDEL, 2016).

Se alguns bens seguem protegidos da degradação do mercado, é devido a opiniões dominantes de que existe uma maneira ideal de tratar aquele bem. Atribuir valor a um bem ou direito é recorrer às nossas íntimas convicções de que essa é a maneira adequada de tratar o bem, e não uma outra. As limitações que ainda existem são “nada mais nada menos do que um julgamento moral: acreditamos que vender essas coisas significa uma maneira errada de lhes atribuir valor, cultivando atitudes negativas.” (SANDEL, 2016, p. 19).

Mas como debater sobre o limite moral do mercado sem que o próprio mercado se meta? Como vimos no caso da companhia de cigarros na Tchêquia, as organizações econômicas não atuam apenas trocando bens por dinheiro ao sabor da autorregulação. Elas investem seu dinheiro em maneiras de moldar essas percepções que mantêm limitações morais ou que, por outro lado, as libera de qualquer amarra moral.

Um exemplo dessa prática é um caso ocorrido no Brasil recentemente. Um grupo de empresas farmacêuticas investiu R\$ 1,5 milhão em campanhas publicitárias contra a quebra de patentes, cujo objetivo é facilitar o acesso a medicamentos importantes e comprovadamente eficazes no tratamento dos sintomas da COVID-19 (DIAS, 2021). A publicidade disfarçada de manchete trazia um tímido aviso sobre sua natureza publicitária, e dizia “Procuradoria-Geral da República vai ao Supremo para invalidar mais de 30 mil patentes e ameaça retomada da economia”. Um leitor desatento poderia não notar que os anúncios não eram materiais jornalísticos, mas sim *publéditoriais*, jargão usado para definir conteúdos publicitários disfarçados de matérias jornalísticas, com que são visualmente parecidos. A Procuradoria-Geral da República questiona a constitucionalidade do Parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, Lei

nº 9.279 de 1996. Esse parágrafo define que o prazo de vigência de uma patente não pode ser menor que dez anos. Entram no jogo também as empresas fabricantes de genéricos, interessadas na inconstitucionalidade do parágrafo, e numa grande fatia do mercado consumidor.

Esse caso ilustra dois aspectos da valoração correta dos bens sociais. O primeiro, e mais gritante é o uso, por parte do *pool* de indústrias farmacêuticas do poderio econômico para renovar o próprio poderio econômico. Fazem uso do *marketing* para alarmar a opinião pública sobre um possível fechamento de postos de trabalho, bem como afetar a pesquisa e, conseqüentemente, o acesso a novos remédios. A verdade é que o único ponto de fato afetado negativamente, em caso de deferimento da ação, é o lucro das empresas.

O segundo aspecto diz respeito ao dever da imprensa. Vender matérias publicitárias na capa de um jornal como se fossem notícias comuns está no centro do debate sobre os desvios éticos da profissão de jornalista. Devemos nos perguntar se é correta essa forma de tratar os recursos comunicacionais, ao colocar no mercado os espaços de notícias e, por dinheiro, abandonar o caráter investigativo de apuração dos fatos. Percebemos que a lógica de mercado prega uma liberdade de escolha que não parece ser tão livre assim. Cria-se uma ilusão de liberdade que é pulverizada quando observamos atentamente que tipo de estratégias são usadas pela publicidade, pelo *lobby* parlamentar de grandes grupos econômicos, pelos monopólios.

A liberdade de escolha no mercado não é moldada apenas pelo discurso publicitário, mas também pela desigualdade econômica. Sandel (2016), menciona o caso de um programa social que objetiva a esterilização de mulheres em situação vulnerável de pobreza e uso de drogas.

[...] ao aceitar ser esterilizada em troca de dinheiro, uma mulher viciada não está agindo livremente. Embora não haja nenhum revólver apontado para sua cabeça, o estímulo financeiro pode ser tentador demais para resistir. Considerando-se o vício e, na maioria dos casos, a pobreza, a escolha de ser esterilizada por US\$ 300 pode não ser realmente livre. (SANDEL, 2016, p. 51).

Quando se coloca um objetivo social à disposição do mercado não se pode afastar a influência que a situação de vulnerabilidade do indivíduo imprime em um dos polos da negociação. Esse problema é tão dramático que mesmo que fosse afastada a

coercitividade de relação, ainda assim caberia a questão de como valoramos essa negociação. Sendo ou não coercitivo, pode ser degradante, pois valora de forma errada o bem social ali negociado, no caso a reprodução humana.

Se essa lógica for extrapolada para o direito, por exemplo, os objetivos essenciais da justiça estariam definitivamente prejudicados. Os riscos envolvidos no ato de valorar os bens jurídicos é uma situação inescapável ao direito. Se as coisas não fossem assim complicadas, bastaria aos agentes sociais diretamente envolvidos com a prática jurídica a recusa de ter que lidar com questões morais. Ficariam estes agentes reduzidos à função de explicar os comportamentos, sem julgá-los. A lógica precificadora faz um arranjo prévio dos recursos (normas, sentenças) em relação aos objetivos finais - no caso da lógica de mercado, a alocação mais eficiente desses recursos-, e as decisões poderiam ser tomadas com base na premissa de que tudo tem seu preço, sob o cálculo frio da economia.

4 ENTRE O MERCADO E A MORAL

Apresentamos, até aqui, uma área do saber notadamente não jurídica que se propõe, através de seus estudiosos, influenciar a formação de normas e de decisões jurídicas, com o objetivo de dar novo sentido ao direito. Avaliamos criticamente seus pressupostos e, mesmo que superficialmente, sua aplicabilidade ao direito, sem nunca desviar da questão fundamental de saber se o direito deve ser aprimorado por uma ciência econômica. Que o direito deve ser constantemente aprimorado para que mais próximo possível possa chegar da ideia de justiça, não temos dúvidas. A questão é saber se é a abordagem econômica e seu uso mais intensivo na metodologia do direito um fator promissor para essa evolução.

Tanto as Ciências Jurídicas como as Ciências Econômicas são marcadas por uma multiplicidade de correntes teóricas e visões epistemológicas. As duas disciplinas buscam descrever uma variedade de fatos sociais que muitas vezes são comuns às duas áreas do saber, cada uma com sua linguagem e abordagem distintas. Não é surpreendente que muitos defendam a combinação de técnicas das duas áreas para a compreensão de relações intersubjetivas complexas. Trata-se da aplicação das ferramentas próprias da economia às normas jurídicas, reinterpretando o ordenamento jurídico em conformidade com as escolhas racionais para que se efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer.

O fato inegável é que suscitar a ideia de aproximação do direito com uma metodologia marcadamente associada à quantificação empírica de todas as coisas, constituída pela economia de mercado, inevitavelmente provoca imediata controvérsia. Isso porque, como mostrado, existe uma tendência a acreditarmos - não sem fortes evidências - que um elemento de nossas vidas que recebe a aproximação e o estímulo e adota a lógica dos preceitos de *mercado* acaba por afastar ou colocar em relativização preceitos *morais*.

São estes dois elementos que estão na balança quando nos perguntamos se é possível aumentar a intensidade da influência da economia no campo de saber do Direito, ainda que isso seja feito sem adotar posturas apaixonadas, que apontem a análise econômica como a melhor teoria jurídica possível.

No direito brasileiro, a Análise Econômica do Direito já está presente, mesmo que timidamente e sem as possibilidades de inserção como as do *common law*. Muitas são as

decisões judiciais que se assentam em modelos interpretativos baseados em critérios econômicos de custo-benefício e eficiência. Uma dessas decisões está no Recurso Especial 962.934/MS (BRASIL, 2011), de relatoria do ministro Herman Benjamin, que trata de Responsabilidade Civil do estado pela precariedade de condições e superlotação do sistema carcerário estadual, em face de ação movida por um detento do sistema.

Os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram pelo provimento do recurso interposto pela Administração Pública, sem o pagamento de indenização ao detento. A argumentação do voto do Ministro Relator reside na ideia de que a indenização com função pedagógica ao sistema carcerário na prática não surtiria o efeito desejado. Pior, afirmaria um valor econômico à omissão da Administração Pública. Para o Relator, a indenização em nada contribui para a melhoria do sistema prisional brasileiro. A lógica é a de que se não há expectativa de um *benefício* claro, na prática, então não é adequado implicar o *custo* às finanças do estado. A teoria econômica não está explícita no voto, porém é evidente o caráter economicista de suas bases.

Se, por outro lado, a base teórica se apoiasse nos direitos fundamentais do indivíduo e na reparação pela ofensa diária e continuada que o detento sofreu, ou seja, carregada de perspectivas morais das relações sociais, certamente essa visão guiaria a decisão no sentido de conceder a indenização, uma vez que esta está conectada diretamente ao sofrimento do detento. É a forma como valoramos esses bens subjetivos que está em jogo quando abrimos as portas do direito à lógica de mercado e seus instrumentos de análise.

4.1 O jogo do Direito

Diante das ideias apresentadas aqui sobre maximização de recursos escassos e resultados eficientes dos atos dos indivíduos, resulta a noção de que os comandos calculados dos atores sociais são como os movimentos de um jogador num tabuleiro. Examinando as semelhanças entre jogo e direito, e traduzindo as características de suas peças para a esfera jurídica, percebemos que alguns elementos são comuns aos dois contextos. Existem jogadores - que podem ser adversários ou aliados-, existe uma competição, e o objetivo final é uma vitória, com seu consequente prêmio. Também, como nos jogos, existem situações em que a vitória plena não é possível, e nos contentamos, conforme as circunstâncias, com o máximo de ganho que podemos obter. O indivíduo reage às mudanças no seu contexto para maximizar seu ganho.

Apesar de suas primeiras elaborações terem ocorrido fora do direito, é na esfera jurídica que tem obtido grande receptividade e desenvolvimento a chamada Teoria do Jogos. É o campo de estudos que abarca esses elementos que aproximam o direito de um grande jogo, a partir do movimento calculado que pretende prever os movimentos dos demais agentes sociais. Assim esclarece Bêrni (2004):

Interessa-nos a situação em que há interação entre agentes, sendo que a ação de alguns influencia o bem-estar dos demais, e vice-versa. Devemos tentar compreender o ponto de vista do oponente, não subestimar seu grau de racionalidade e, supondo-o racional, tentar antever sua reação a nossa ação. Trata-se de situações de interação entre dois indivíduos (ou grupo de indivíduos, ou mesmo três ou mais indivíduos) com interesses divergentes, mas não necessariamente opostos [...]. (BÊRNI 2004, p. 13).

Jogos e Direito, como vemos, estão intensamente interligados. A interação dos agentes nesse contexto é mediada por regras, e o objetivo é conquistar uma vantagem. Os elementos dessa disputa seriam, numa alusão ao Direito Processual, por exemplo, autor e réu, mediados pelo juiz. O contraditório seria a arena de embate onde as ações acontecem. O destino de cada um desses agentes seria influenciado e decidido em grande parte por suas estratégias. O juiz, apesar de não poder desejar a vitória de nenhum dos jogadores,

também adotaria estratégias próprias para levar a cabo seus objetivos específicos como, por exemplo, a celeridade processual.

Em um julgado da 3ª Vara do Trabalho de Brasília, o juiz do caso, Gustavo Carvalho Chehab, utilizou a Teoria dos Jogos em sua sentença (GALLI, 2017). A ação foi ajuizada por ex-servidor dos Correios, insurgindo-se contra demissão por justa causa ocorrida pelo suposto envolvimento, por parte do reclamante, em irregularidades em processo licitatório. Esse caso impressiona por não ser uma decisão que traz apenas implicitamente a racionalidade econômica para o direito, o que aparentemente é o mais o comum no nosso direito, onde a análise econômica é ainda embrionária.

Nesse caso o juiz explicita (BRASIL, 2016) toda sua maneira de ver o direito, posicionado de acordo com elementos de eficiência, apresentando tabelas informativas e citando conhecidos autores ligados à economia, como Adam Smith e Ronald Coase, para provar que o ex-servidor dos Correios não foi responsável por prejuízo. Para o magistrado, Teoria dos Jogos

tem a capacidade, pela análise das estratégias, das ações e das opções que permeiam a conduta humana, prever o resultado de tais ações e o comportamento das partes, de forma lógica e objetiva. Amplamente utilizada por nações, corporações militares e civis e por grandes bancos e empresas, a teoria dos jogos ainda é pouco conhecida por operadores do direito. (BRASIL, 2016, p. 39).

Segundo a argumentação do magistrado, as opções razoáveis de ação de cada jogador são analisadas a partir de um comportamento estratégico e as ações do servidor foram as estrategicamente mais corretas, diante do cenário que se apresentava, em contexto de monopólio provocado por crise sofrida pelo setor aéreo (BRASIL, 2016).

A atuação desse magistrado se alinha com as proposições de uso mais amplo da Análise Econômica do Direito, disponibilizando em sua sentença tabelas e gráficos com cálculos precisos que permitem dar valor ou quantificar a eficiência do ato do servidor. É inegável que a lógica da AED, nesse caso, proporcionou uma perspectiva de análise do ato do servidor completamente inovadora, sem a qual seguramente a decisão não captaria tão bem os detalhes e a essência do bem jurídico em discussão.

4.2 Justiça negociada

No sistema processual penal brasileiro um princípio muito importante é o da obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público não pode a ela renunciar. Segundo Lopes Jr. (2015), esse ato de acusar por parte do *parquet* é compulsório, sempre que presentes as condições da ação, diferente do que ocorre em outros sistemas penais do mundo, notadamente o estadunidense, na tradição do *common law*, onde os promotores têm larga margem de negociação com os acusados para antecipar o cumprimento de pena e evitar a persecução penal, a fim de reduzir custos e agilizar o funcionamento da justiça como um todo (VASCONCELLOS, 2015).

A Lei nº 12.850 de 2013 (BRASIL, 2013) trouxe um grande avanço ao que chamamos de *justiça negociada*. A Lei de Organizações Criminosas propiciou um aumento no número de delações e colaborações premiadas. Esse instituto já existia por força da Lei de Crimes Hediondos, 8.072 de 1990, mas com a vigência do novo *pacote anticrime*, Lei 13.964 de 2019, a colaboração premiada passa a ser consolidada como meio de obtenção de prova, o que é uma evolução que acompanha o incremento da complexidade das organizações criminosas.

O pacote anticrime foi responsável por promover uma alteração relevante quanto a este procedimento. A partir de sua vigência, é imprescindível a realização de audiência para oitiva do colaborador, sempre com a presença do seu defensor, para aferir a voluntariedade do acordo, na forma do §7º do artigo 4º da Lei 12.850/2013.

Isso caracteriza a justiça negociada, uma vez que o colaborador, coautor de um crime, mediante produção de provas concretas que facilitem a solução de um caso ou a prisão de suspeitos, obtém para si as vantagens a ele devidas, que podem ser: abrandamento de pena, o não oferecimento da denúncia, perdão judicial, com a conseqüente extinção da punibilidade, condenação do colaborador com redução de pena em até dois terços ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A opção deve levar em conta o grau de colaboração. Quanto mais efetivo esse grau de colaboração, maior pode ser o prêmio.

As colaborações/delações premiadas constituem um assunto cuja regulamentação ainda se mostra insuficiente para compreensão de importante instituto jurídico, sendo objeto de muito debate, e sem acordo sobre suas bases, etapas e procedimentos exigidos. A doutrina sobre o tema ainda não chegou a um consenso sobre a quantificação dos

resultados que devem ser alcançados para que o acordo possa valer. É preciso ainda uma evolução do tratamento do tema para que as regras do jogo sejam bem estabelecidas.

4.3 Novas formas de entender o direito

Um dos nossos objetivos é, diante dessas construções teóricas apresentadas, entender para que lado vai o direito e quais as tendências de sua evolução. Mantivemos permanentemente os aspectos morais do caminho que o direito percorre em choque com a visão economicista. A AED, com Posner, é ponto de difusão de uma nova maneira de abordar o direito, que o torna quantificado e fragmentado. Uma lógica mercadológica que, como vimos, é repleta de vulnerabilidades, tanto teóricas quanto analíticas.

O mercado, diante de suas debilidades, tem o costume de apontar a si próprio como salvador capaz de resolver suas crises. Durante e logo após a crise econômica de 2008, o papel dos mercados, especialmente os mercados que eram resultado de longas décadas de desregulação tiveram seu prestígio colocado em dúvida, diante da tragédia econômica que teve seu início nos Estados Unidos e avançou por todo o mundo.

Ali estavam escancaradas as feridas do capitalismo de mercado, prontas a receberem o remédio na forma de uma reformulação de como pensamos a economia. Mas o que aconteceu foi bem diferente. Quando os governos correram em socorro aos bancos e indústrias, foram os governos que suportaram o impacto da desconfiança pública, não os mercados. Sequer houve uma reavaliação dos mercados que tivesse apelo prático. As conversas ficaram no campo analítico e filosófico.

O próprio Richard Posner, ao perceber o desastre dos pressupostos da microeconomia dos neoclássicos fez uma reavaliação de toda sua concepção do que é economia e como ela deve funcionar no mundo. Segundo Posner (2009), a realidade demonstrou a ele que as economias capitalistas não são tão estáveis quanto supunha. Pela primeira vez ele olhou com seriedade para a macroeconomia, reavaliando seu posicionamento e se autodenominando doravante keynesiano. Chegara a hora de criticar seus próprios pressupostos simplistas da escolha racional.

Posner ficou perplexo com a incapacidade de os economistas detectarem a depressão que se avizinhava. É possível que eles não estivessem muito preocupados com isso, pois sua ciência tinha mais em comum com ensinamentos de um *dever ser* do que

propriamente de uma ciência da observação empírica realista. A partir desse ponto, era inevitável uma nova abordagem econômica, com teoria e métodos numa base mais realista.

Ao fazer esse choque entre mercado e moral, não nos esquivamos de questionar também os limites da moral ao frear o ímpeto da livre iniciativa. Valores morais, assim como as estruturas de mercado, também são construídos, nem sempre de forma menos degradante que os mercados. Grupos de interesse também podem influenciar o debate sobre os valores morais que conferimos às coisas.

Podemos afirmar, a partir do que foi discutido até aqui, que a economia de mercado e a moral não operam de forma distinta e independente uma da outra. O choque permanente entre os dois conceitos não é nada além da reciprocidade característica de sua relação. O mercado, em um momento, faz seu peso ser sentido, colocando em risco determinado conjunto de valores morais. De outro lado, em outros momentos e circunstâncias, é a moral que influencia as decisões humanas, estabelecendo os limites morais do mercado. Aparentemente, a abordagem econômica da vida, na disputa com a moral, tem levado a melhor. Sandel, em sua obra, questionou quais bens da vida não estão à venda. A resposta é: quase nenhum. Por mais que os valores morais sejam o motivo de muitos bens ainda não estarem à venda, a lógica economicista da sociedade de mercado é irresistível, e em muitos casos o estrago já está feito.

Por um lado, percebemos com entusiasmo o crescimento do número de decisões judiciais que tem obtido sucesso ao utilizar o viés economicista para basear seus julgados, trazendo concreta evolução à prática jurídica. De outro lado, as mudanças estruturais do direito advindas de sua crescente mercantilização e quantificação em todas suas esferas faz sentir seus efeitos até mesmo no ensino jurídico, criando novos nichos dentro da advocacia. Esses nichos muitas vezes são preenchidos pelos advogados *influencers*. Não são raras as ofertas, nas redes sociais, de serviços de advogados, e até juízes, presumivelmente experientes, ostentando estilo de vida de alto padrão, dirigindo carros luxuosos, cujo alvo são os advogados recém formados por um ensino fragmentado, pouco capaz de promover o senso crítico e ao mesmo tempo distante da prática jurídica do cotidiano. O sistema de ensino do direito no Brasil forma profissionais despreparados para praticamente todas as carreiras jurídicas. Para os advogados *influencers* isso significa um manancial inesgotável de oportunidades de “ensinar o que as faculdades não ensinam”, com promessas de resultados muito positivos através de métodos de trabalho semelhantes aos dos famigerados *coaches*.

Não é difícil convencer alguém de que essa atividade, apesar de não ferir nenhuma lei, é muito questionável do ponto de vista do que o direito busca impulsionar dentro de uma sociedade. Esse tipo de profissional, com o desejo de perpetuar sua demanda, evidentemente não ficará insatisfeito caso o sistema de ensino seja pouco inspirador e até mesmo precarizado, ou que o potencial formando tenha pouco tempo para estudar e se preparar para sua carreira. O descompasso moral dessa situação reside no fato de que, embora legal, essa educação suplementar não deveria, do ponto de vista moral, ser necessária, pois ela acontece sem qualquer base pedagógica válida.

Admitir a racionalidade economicista trabalhando conjuntamente com o direito não significa a plena resignação frente à mercantilização de certos bens moralmente protegidos, nem aderir de forma apaixonada ao método econômico como o melhor e mais eficaz na explicação dos fenômenos jurídicos. É, na verdade, a compreensão de que há espaço para utilização dessa racionalidade nos países que adotam a codificação do *civil law*, como mais um instrumento de otimização de sistemas jurídicos. Seu estudo deve ser estimulado e ampliado, tanto para uma operacionalização adequada no nível jurídico-legislativo, como para que nossas Ciências Jurídicas estejam atentas e sincronizadas com o que é estudado e aplicado em sistemas jurídicos estrangeiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratamos, inicialmente, da abordagem econômica do direito constituída na tradição acadêmica da Análise Econômica do Direito, para contextualizar o período de seu surgimento e popularização. Demonstramos de qual porção do conceito amplo de economia a Análise Econômica do Direito se serviu para fazer suas proposições, identificando a microeconomia proveniente dos estudos neoclássicos como o motor por trás de sua teoria. Essa teoria é a base das ideias de Richard Posner, que nos serviu de referencial teórico fundamental para nossa compreensão do tema. Ele sustenta a ideia de que as relações jurídicas podem ser explicadas através das racionalidades individuais mobilizadas por cada agente que compõe essas relações, a fim de maximizar seus ganhos.

Nos apoiamos em Karl Polanyi para desfazer a confusão entre economias de mercado, notadamente uma construção moderna e baseada na relação produtor-consumidor-preço, e economia substantiva, forma primária de entender e suprir as necessidades de subsistência humana, que existe independentemente da existência das economias de mercado. Isso tem especial importância no sentido de desmistificar a ideia de que uma análise econômica deve ser imprescindivelmente uma análise baseada nos preceitos da microeconomia, que faz suas generalizações a partir da interação dos agentes básicos da economia.

A partir dessa crítica de Polanyi, concluímos que é questionável e possivelmente inválido o pressuposto da AED que aponta a análise econômica baseada na microeconomia como apta a explicar o comportamento humano não mercadológico, pois a AED se sustenta na microeconomia, enquanto os comportamentos não mercadológicos estão originalmente fora da lógica microeconômica, influenciados por questões não facilmente passíveis de quantificação, como moral, costumes ou religião. Sustentamos, diante disso, que para a AED fazer essa apropriação de objeto, seria necessário transformar em materiais as formas de satisfação que não são materiais, ou seja, precificar e quantificar todas as coisas.

Esse processo de precificação de todas as coisas traz sérios problemas e conflitos sob a ótica dos valores morais da sociedade. A obra de Sandel nos auxiliou na compreensão desses conflitos, ao demonstrar que muitos de nossos comportamentos e bens sociais podem ser degradados e corrompidos ao serem apropriados por uma lógica quantificadora, que a eles impõe um preço e os distribui como produtos em uma economia

de mercado. São, segundo Sandel, os valores morais consolidados no seio da sociedade os limitadores do ímpeto mercadológico.

Diante dos conceitos e teorias estudados, nos posicionamos no sentido de que a aproximação entre economia e direito é algo possível e desejável em determinados contextos e circunstâncias. Apresentamos casos de decisões judiciais que receberam grande contribuição do cálculo econômico do custo-benefício, oferecendo perspectivas que as visões mais tradicionais não permitiriam. Abordamos, por outro lado, os casos em que a análise econômica importou risco e até sacrifício de direitos individuais.

Assim, concluímos que a relação entre mercado e moral não é facilmente interrompida. Ora o mercado avança e submete os valores morais à sua força, ora os valores morais da sociedade atuam como limitador da força excessiva do mercado. Isso não significa dizer que estão em condições de paridade de forças, e é evidente que cada vez mais a sociedade de mercado se impõe e se apropria de mais bens tradicionalmente não mercadológicos. De mais a mais, o atrito e as contradições dessa relação são próprios da relação recíproca entre essas duas forças.

REFERÊNCIAS

- BÊRNI, Duilio de Ávila. **Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.
- BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 12.850, de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma) **Recurso Especial 962.934/MS**. Diário da Justiça Eletrônico - STJ, 04/05/2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 3ª Vara do Trabalho de Brasília-DF. **Sentença do Processo nº 1138-67.2015.5.10.0003**. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da macroeconomia clássica à keynesiana**. São Paulo. 1968. Disponível em:
https://ufr.br/economia/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=135:7&id=17:textos-macro&Itemid=234. Acesso em 22 mar. 2021.
- DIAS, Tatiana. Lobby contra quebra de patentes de medicamentos pagou R\$ 1,5 milhão a jornais. **The Intercept Brasil**, 28 abr. 2021. Disponível em:
<https://theintercept.com/2021/04/28/lobby-contra-quebra-de-patentes-pagou-jornais/>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Principio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GALLI, Marcelo. **Juiz usa teoria dos jogos para restabelecer vínculo de servidor dos Correios**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/juiz-usa-teoria-jogos-restabelecer-vinculo-servidor>. Acesso em 22 abr. 2021.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **A análise econômica do direito e sua crítica**. Brasil, 2014. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>. Acesso em 13 mar. 2021.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- POLANYI, Karl. **A Subsistência do Homem e Ensaios Correlatos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.
- POSNER, Richard. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. USA: Wolters Kluwer, 1986.
- POSNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression**. USA: Harvard University Press, 2009.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça criminal negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IbcCrim, 2015.

OBRAS CONSULTADAS

BECKER, Gary. **Social Economics: Market Behavior in a Social Environment**. Cambridge: The Belknap Press, 2000.

COASE, Ronald. **A Firma, o Mercado e o Direito**. São Paulo: Forense Universitária, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. São Paulo: Almedina, 2016.

POSNER, Richard. **The crisis of capitalist democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.