

## A APLICABILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA E A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO NO CIVIL LAW

<sup>1</sup>LUCAS DAL PAZ; WESLLEY VIEIRA BORGES<sup>2</sup>;IGOR DE OLIVEIRA ZIBETTI<sup>3</sup>

<sup>1</sup>*Lucas Dal Paz – lucasdalpaz@gmail.com*

<sup>2</sup>*Weslley Vieira Borges - weslleyvieiraborges@hotmail.com*

<sup>3</sup>*Universidade Católica de Pelotas – igor@mzadvocacia.com.br*

### 1. INTRODUÇÃO

A epistemologia do Direito dita as bases da ciência jurídica e do seu estudo desde os primórdios da humanidade. Assim, por meio dela, a capacidade de construção e melhoramento da sociedade se deu de forma lenta e gradativa, sempre agregando os possíveis melhoramentos da ciência jurídica - que tem total interesse em resolver os conflitos e, acima de tudo, expor o dever ser e estipulas o comportamento da sociedade.

Doutra banda, juntamente com a construção da sociedade e da ciência jurídica, a Economia se emana intrinsecamente às necessidades biofisiológicas dos indivíduos, bem como está ligada diretamente à sobreposição de uma nação perante as demais. Nessa toada, a Economia busca estudar e encontrar maneiras de evitar a escassez das matérias-primas, dos alimentos e de tudo que é essencial à manutenção da vida humana.

O Direito, de um lado, encontrou a sua aplicação por meio das leis, em primeiro momento, naturais - as quais, como será demonstrado, no presente trabalho, detinham as normas da natureza como os seus ditames para a construção da vida no âmbito coletivo, visto que a individualidade não cabia para a solidificação do indivíduo. Porém, a sociedade necessitava de uma melhor organização, demandou respostas que ultrapassavam a natural ordem do Direito que se estabeleceria. Para tanto, buscou-se, no positivismo, a solidificação da ciência jurídica que emanou na sua codificação uma força ao estado de Direito e não mais à figura de monarca.

A Economia, de outro lado, cada vez mais, aproximou-se da exatidão do empirismo e das ciências exatas para a construção do seu pensamento. Considerada a menos humana das ciências humanas, a ciência econômica detém um cunho social e humanitário do mesmo teor que o Direito, contudo, por trabalhar com a prognose, eficiência e resultados que visam ao menor custo e ao melhor prognóstico.

Note-se que a essência de ambas divergem, mas, se concatenadas em conjunto em prol do coletivo, buscando resolver os conflitos e premeditar as possibilidades da geração desses, tornam a vida em sociedade mais dinâmica e completa. Nesse sentido, o movimento Law & Economics ganhou força ao termo inicial do pós-positivismo jurídico. Esse tem objetivo de alinhar uma ciência à outra, encontrando maneiras de objetivar o direito, dar ferramentas de prognose aos seus operadores, maximizando a riqueza social ao prisma da eficiência econômica.

## 2. METODOLOGIA

O estudo interdisciplinar da ciência jurídica e da ciência econômica, a partir de uma ampla revisão bibliográfica, foi capaz de demonstrar quais são os defeitos da aplicação da Economia no Direito, bem como as inegáveis vantagens que a Análise Econômica de Direito agrega a ciência jurídica.

Buscou-se analisar ambas as ciências a partir de suas obras introdutórias. O estudo da epistemologia do Direito e da história da evolução econômica embasaram o estudo mais aprofundado da Análise Econômica do Direito e do Neo liberalismo econômico.

O estudo desenvolvido é parte integrante do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Católica de Pelotas, sendo esse requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

## 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O movimento Law & Economics vem, em um momento de questionamento, às bases sociais e políticas que se mantém até hoje, principalmente por conta da expansão da tecnologia, ciência e disseminação das novas maneiras de comunicação, bem como, do não alinhamento do Estado com as novidades do mercado, jurídica e sociais que não estavam presentes na sua formação (BARROSO, 2001).

Desse modo, como aduz Barroso, “o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal)” (BARROSO, 2001, p.15). Esse último que rege as atuais bases econômicas, clama por um maior resposta da Justiça frente as demandas que a ela são auferidas, bem como as não atendidas.

Perante o exposto, quando o Civil Law é interpretado a partir dos códigos, acaba havendo uma releitura desses perante os casos concretos no limite interpretativo do texto legal.

Desse modo, cabe salientar que, como acontece no Civil Law, a constituição prepondera perante os precedentes, bem como, no Common Law. Porém, mediante a liberdade interpretativa dos juízes e a sua força perante aos conflitos futuros, os juízes acabam por criar o direito com grande influência no sistema Common Law (COOTER; ULLEN, 2010). Essa influência e sistema de precedentes é influenciados, justamente, pela valorização do costume, como entende Miguel Real:

Assim, em atenção as principais diferenciações dos sistemas Common Law e Civil Law, fica nítida a localização da Análise econômica do Direito e o porquê do primeiro sistema ser adepto ao movimento e o segundo não.

A AED, justamente por precisar realizar um juízo de valor e destacar os pontos de aplicabilidade a partir da eficiência do menor custo pelo melhor resultado, é usufruída com destaque nos EUA, país adepto ao Common Law, com grande influência do Neoliberalismo econômico (MOURA; BOLZAN DE MORAIS, 2017, p. 177-195).

A Law & Economics se faz como um instrumento interpretativo para norma, decisão e confecção legal. Segundo a AED, ao usufruir da racionalidade, eficiência e consequencialismo da Economia no Direito, afasta de plano a intuição do juiz ou do legislador que detém parâmetros para as suas decisões

## 4. CONCLUSÕES

Desse modo, se traz o seguinte questionamento: qual é a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito nos países regidos pelo Civil Law?

A pergunta que motiva o presente trabalho se responde facilmente quando se observa os problemas do pós-positivismo. A preocupação com os valores e a aproximação da ética e da filosofia com o Direito não afastaram um típico problema do empirismo jurídico, as reais consequências da aplicação da lei e dos julgados não são pontos estudados com pretensão de resultados, pois se confia na capacidade do operador do Direito para chegar a melhor análise do caso concreto (TIMM, 2014). Isto é, “a mera intuição do interprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente.” (TIMM, 2014, p. 10).

A AED, a partir da prognose, mensura as consequências reais das decisões jurídicas e legislativas e agrega-se ao interprete do Direito como um instrumento analítico, que hoje elabora (TIMM, 2014) “justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista.” (TIMM, 2014, p. 10).

Enfim, precisamos não apenas de justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também de teorias superiores à mera intuição que nos auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose. Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano (TIMM, 2014, p. 10).

Portanto, a Análise Econômica do Direito se personifica na consequência da decisão e entende que as bases do direito, sendo essas as leis e princípios, não são importantes quando não usadas para pensar na eficiência e maximização da riqueza da sociedade (DIAS, 2015, n.p.).

Entretanto, por mais interessante e precisa que a Análise Econômica do Direito possa vir a servir para melhor dirimir os problemas do pós-positivismo, isto é, o Neoconstitucionalismo, a Economia não pode ser usada como legitimadora de demandas econômicas ou, até mesmo, afastar a subjetividade do direito no âmbito jurídico, haja vista que a regras e princípios, no Civil Law, estão para serem cumpridos e não usadas para o alcance da eficiência.

Como leciona Miguel Reale, o “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.” (REALE, 2002, p.61), devendo sempre buscar a harmonia do dever ser com o que de fato é, podendo usar da Análise Econômica do Direito, no limite estabelecido, para obter tal equilíbrio.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto; Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo); **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001; Rio de Janeiro; 2001.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas; **Direito e Economia**. 5 Ed. Porto Alegre. Bookman, 2010.

DIAS, Jean Carlos. (Coord) **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição / The “efficientist” neoliberalism and the jurisdiction transformations. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedyreito/article/view/1565>>. Acesso em: 22 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedyreito.v13n1p177-195>.

TIMM, Luciano Bannetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** — 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.