

Artigos

Recebido: 10.12.2020

Aprovado: 17.02.2021

Publicado: 29.12.2022

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v10i2.4946>

Para uma análise ética da Sociedade Global – Direito, Utilitarismo e Economia

Álvaro Andreucci

Universidade Nove de Julho

<https://orcid.org/0000-0003-1455-0604>*Renato Martins Raimundo*

Universidade Nove de Julho

<https://orcid.org/0000-0002-6647-3615>

Resumo: O objetivo deste artigo é apontar as razões pelas quais a Análise Econômica do Direito, escola de pensamento que privilegia o uso das premissas da Economia na interpretação e aplicação das Leis, deve ser tratada apenas como uma dentre outras formas que podem ser utilizadas para o patrocínio das decisões de cunho jurídico. Através da visão utilitarista e capitalista do mundo ocidental, alicerces da Análise Econômica do Direito, será realizado um estudo sobre os limites morais do mercado e suas consequências para a sociedade de consumo. Com o objetivo de demonstrar alternativas viáveis para a boa manutenção da vida em sociedade, privilegiando as instituições democráticas e a sustentabilidade econômica, este artigo traz à tona questões importantes sobre uma estratégia discursiva que, na sua essência, privilegia interesses econômicos dominantes. A metodologia de pesquisa utilizada foi a análise bibliográfica e o método dialético, através do confronto de ideias antagônicas para a reconstrução da interpretação da realidade.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito; Ética e Direito; Utilitarismo; Limites Morais do Mercado.

For an ethical analysis of global society – law, utilitarianism and economy

Abstract: The purpose of this article is to indicate the reasons why the Economic Analysis of Law, school of thought that privileges the use of the premises of the Economy in the interpretation and application of Laws, should be treated only as one of several other forms that can be used to sponsor legal decisions. Through the utilitarian e capitalist vision of the Western world, the foundation of the Economic Analysis of Law, a study will be carried out on the moral limits of the market and its consequences for the consumer society. With the objective of demonstrating viable alternatives for the good maintenance of life in society, favoring democratic institutions and economic sustainability, this article raises important questions about a discursive strategy that,

in its essence, privileges dominant economic interests. The research methodology used was the bibliographical analysis and the dialectical method, through the confrontation of antagonistic ideas for the reconstruction of the interpretation of reality.

Keywords: Economic Analysis of Law; Ethics and Law; Utilitarianism; Moral Limits of the Market.

Introdução

Em uma sociedade complexa, o trabalho é pressuposto fundamental do desenvolvimento. A proposta econômica, ou seja, como se dará a organização social do trabalho e a forma com que os bens materiais serão trocados, cumpre papel de extrema importância. Assim, da mesma forma que o mundo metafísico influencia o mundo material, o mundo material influencia a construção das ideias, e essa dialética dá uma forma ao mundo como conhecemos.

Direito e Economia caminham lado a lado, são indissociáveis, entretanto, podem possuir visões antagônicas no momento de decidir de forma definitiva determinado litígio. Em uma visão estritamente jurídica, uma sentença pode arruinar um empreendimento, comprometendo a manutenção do emprego, a geração de renda e o desenvolvimento social, alicerces de uma proposta republicana. Por outro lado, uma decisão estritamente econômica pode comprometer os valores éticos e morais de uma sociedade, corrompendo os valores da dignidade da pessoa humana, o dever de cidadania e da família, igualmente estruturas sólidas da República. E se Direito e Economia devem andar lado a lado para o bom desenvolvimento social, um não pode excluir ou anular o outro, é preciso encontrar o meio termo, o equilíbrio ético e jurídico entre os dois. Assim, os bens postos à venda devem ter limites, sejam eles materiais ou imateriais, a fim de não reduzir tudo e todos a uma determinada cifra. A conservação dos valores morais de uma sociedade é importante e estes não devem ser comercializados, pois são os valores morais que servem de guia em épocas de crises e incertezas.

Em nossa sociedade Global, onde as fronteiras tradicionais dos Estados-Nações não podem mais ser compreendidas pelo velho paradigma da soberania mas, sobretudo, definidas pelas exigências tanto do mercado quanto das comunidades políticas (supranacionais, nacionais e, também, organizações e movimentos sociais), os pressupostos éticos são balizas fundamentais para se estabelecer pontos de convergências para os rumos políticos a serem adotados como diretrizes comuns àqueles países que se reconhecem mutuamente como corresponsáveis pelo futuro.

É objetivo deste artigo, portanto, apresentar a Análise Econômica do Direito, seus pressupostos fundamentais e suporte filosófico, para que se possa ter uma compreensão das implicações de seu significado, bem como apontar os seus possíveis problemas. Nesse sentido procuramos justamente indicar que a adoção da Análise Econômica do Direito, como visão unidirecional, pode corromper os valores morais da sociedade, sendo prudente não os colocar numa lógica exclusiva do mercado. Se quisermos construir uma sociedade sustentável, justa e fraterna, que respeite os valores da dignidade da pessoa humana e os valores da democracia, há que se pensar maneiras plurais de lidar com a nossa realidade econômica complexa, cuja globalização implica, também, a desigualdade social.

É importante percebermos, também, como esse arcabouço conceitual se desenvolveu ao longo do século XIX, construindo valores de controle social que corroboram a proposta utilitarista da sociedade. Uma lógica

do poder e do controle biopolítico da sociedade é desenvolvida como alicerces do utilitarismo, possibilitando o desenvolvimento dos objetivos econômicos e jurídicos dos que se beneficiam dessa construção.

A metodologia de pesquisa utilizada é a dialética, através do confronto de ideias antagônicas para a reconstrução da interpretação da realidade. Utilizamos, nesse sentido, obras de autores dominantes sobre a Análise Econômica do Direito, bem como obras de cunho filosófico de diversas escolas de pensamento, além de artigos científicos relativos ao tema em discussão. Desta forma, a proposta visa uma revisão bibliográfica sobre o tema, propondo uma reflexão sobre a importante questão que relaciona direito, ética e economia.

A Análise Econômica Do Direito

A Análise Econômica do Direito visa a interpretação e aplicação da norma jurídica através das premissas da economia, fazendo com que a exegese de uma norma tenha como resultado a maior eficiência econômica, ou seja, aquela que maximiza a riqueza e diminui os custos de determinada transação, de tal maneira que qualquer interpretação contrária a essas premissas ficaria deslegitimada em nome da livre iniciativa e do desenvolvimento do capitalismo. Esse tipo de reflexão é derivado, entre outras, da Escola de Chicago, precursora do movimento da Análise Econômica do Direito, tendo como principais defensores Ronald Coase e Richard Posner. De acordo com Richard Posner,

Economic Analysis of Law seeks to answer two basic questions about legal rules. Namely, what are the effects of legal rules on the behavior of relevant actors? And are these effects of legal rules socially desirable? In answering these positive and normative questions, the approach employed in economic analysis of law is that used in economic analysis generally: the behavior of individuals and firms is described assuming that they are forward looking and rational and the framework of welfare economics is adopted to assess the social desirability of outcomes¹.

Nota-se que Economia e Direito possuem o mesmo objeto de estudo, qual seja, o comportamento humano, entretanto, o método de estudo é que será diferenciado. Assim, o método econômico está pautado em três princípios fundamentais, sendo o primeiro o princípio da escolha racional, o segundo, o do equilíbrio, e por fim, o princípio da eficiência. Essa mudança de método de estudo entre Direito e Economia é campo de diversos embates ideológicos sobre qual a melhor maneira de aplicar o Direito. Bruno Meyerhof Salama, citado por Marcelo Benacchio e Liziane Parreira, afirma que:

enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo².

O princípio da escolha racional é autoexplicativo e nos mostra que, como seres humanos, fazemos escolhas, e para encontrar a alternativa de maior valor atribuímos a cada opção um determinado valor

1 POSNER, Richard. **Economic analysis of Law**. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

2 PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

subjetivo e, então, fazemos a escolha que trará mais utilidade em relação ao esforço investido. O princípio da escolha racional, portanto, corresponde ao pressuposto de que cada agente econômico procura maximizar a sua utilidade individual³.

A utilidade nos remete à ideia daquilo que nos é útil para algo, ou seja, a coisa não tem valor em si mesma, mas sim naquilo que ela irá proporcionar. O dinheiro, por exemplo, não tem valor em si mesmo, o valor está naquilo que o dinheiro pode comprar – o que na sociedade de mercado pode significar quase qualquer coisa. Por ser a utilidade um valor a ser atribuído por aquele que escolhe, ou seja, o agente econômico, a utilidade se torna uma grandeza subjetiva, não sendo susceptível de medição nem comparação interpessoal⁴.

O princípio do equilíbrio está alicerçado na forma como a interação social se estabelece. Basicamente, a interação social poderá se dar por meio da autoridade, onde há uma figura hierarquicamente superior que dita os parâmetros em que esta interação social ocorrerá, ou por meio da livre negociação, onde cada indivíduo, de maneira soberana e racional, estabelece com o outro as regras dessa interação, o que para a Economia é conhecido como *mercado* e que funciona, de maneira tácita, pela *lei da escassez*.

Mercado é a designação econômica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que detêm (*oferta: potenciais vendedores*) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura: potenciais compradores*). Na ausência de coerção, os potenciais compradores só podem ter acesso ao recurso convencendo os potenciais vendedores a cedê-lo. Para isso, os compradores têm que incorrer no sacrifício de ceder aos vendedores algo que estes aceitem em troca do recurso que detêm; isto é, os compradores têm que pagar um *preço*⁵.

Dado o princípio da escolha racional, que está pautado na maximização da utilidade pelos agentes econômicos, o princípio do equilíbrio é justamente o ponto de encontro entre a utilidade da oferta e a utilidade da procura, que só pode ser alcançada no livre mercado através da lei da escassez.

A eficiência se traduz no objetivo central da Análise Econômica, pois visa observar se determinada ação foi benéfica ou não para os envolvidos. Para escapar do subjetivismo sobre o resultado de determinada ação, a Economia, através dos estudos do Economista e Sociólogo Vilfredo Pareto⁶, utiliza instrumentos teóricos para tal, sendo o da *melhoria de Pareto* e *ótimo de Pareto* os mais conhecidos, há outros.

O raciocínio funciona da seguinte forma: quando uma determinada ação beneficia, pelo menos, um agente econômico e não piora a situação de ninguém mais afetado por aquela ação, entende-se que houve eficiência e, portanto, a *melhoria de Pareto*. Sendo esta ação repetida diversas vezes, por diversas vezes haverá melhoria de Pareto. Em um determinado momento, não será mais possível realizar aquela ação sem que a situação de um agente econômico seja piorada. Neste momento houve o ótimo de Pareto ou *Pareto-eficiente*, situação em que não é mais possível melhorar a condição de um agente econômico sem piorar a de outro.

Temos, portanto, que a Análise Econômica do Direito se baseia na escolha racional, que significa

3 RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 38.

4 Id. p. 38.

5 Id. p. 38.

6 PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1984.

atribuir valor à alternativa que trará mais utilidade, e que só pode ser eficiente quando há melhoria na situação de um agente econômico sem prejudicar a de outro, levando ao equilíbrio. É possível adotar outras teorias, mas o fato é que não é mais possível dissociar Economia de Direito, pois é o modelo econômico capitalista vigente, personificado na figura da empresa, que de certa forma proporciona as melhorias na qualidade de vida e na garantia dos Direitos individuais previstos na Constituição Federal.

Assim, não é possível separar-se o econômico do jurídico em virtude de sua unidade enquanto fato social, sobretudo nesse início de milênio no qual é evidenciada a atuação conjunta do jurista e do economista, superando as contrariedades de outrora, para melhor compreensão e consecução dos objetivos sociais, notadamente a melhoria da qualidade de vida das pessoas⁷.

O estudo sobre os custos dos problemas sociais, realizado por Ronald Coase, ilustra de forma objetiva a teoria da Análise Econômica do Direito. Custos sociais são aqueles em que, mediante o exercício de um direito e/ou uma atividade econômica, haja prejuízo ou dano para um terceiro. No exemplo clássico da fábrica que produz uma fumaça tóxica que prejudica o bem-estar da vizinhança, a solução tradicional seria a de constranger a fábrica a indenizar as vítimas, ou mesmo instituir altas taxas por conta da poluição dispersa na atmosfera. Com a análise de R. Coase, essas alternativas seriam um equívoco, quando analisadas pelas lentes da Análise Econômica. A pergunta a se fazer seria: o que é mais viável economicamente? Implementar medidas não-poluentes na fábrica ou mudar os residentes daquele local? Analisando friamente os números e chegando à conclusão de que os custos de uma medida ecológica superam os custos de locomoção dos residentes, a fábrica teria o direito de seguir poluindo o meio-ambiente, por ser a escolha economicamente viável.

The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is, how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of reciprocal nature. To avoid the harm to B would be to inflict harm on A. The real question that has to be decided is, should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A?⁸.

Outra situação que pode ilustrar apropriadamente os usos das ferramentas da Análise Econômica do Direito é o caso real do Ford Pinto, ocorrido nos anos 1970 nos Estados Unidos. O modelo Ford Pinto possuía o tanque de combustível na traseira do veículo, e em caso de colisão o veículo explodia, causando queimaduras nos ocupantes do veículo ou até mesmo mortes. A equipe da Ford então estipulou o número de acidentes possíveis em um ano e o custo de um acordo judicial em casos processados, e descobriu que o custo das indenizações era menor do que o custo de substituir a peça do tanque de combustível dos milhares de veículos no mercado. Ou seja, era mais viável pagar as indenizações às vítimas do que construir um automóvel seguro para os consumidores, pelo menos do ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito, que patrocina a distribuição de recursos de forma eficiente, prevalecendo o entendimento de que a ação correta é aquela que proporciona maior utilidade em detrimento do custo, em outras palavras, a ação de maior valor é aquela que proporciona a melhor alocação de recursos (lucro) em detrimento dos custos (prejuízo), em muito se assemelha à ideia utilitarista de Jeremy Bentham,

7 PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

8 COASE, Ronald Harry. **The firm, the market and the Law**. Chicago: University Chicago, 1990. p. 96.

o que nos exige se debruçar sobre este pensamento filosófico e mostrar a relação entre a Análise Econômica do Direito e o Utilitarismo.

O Utilitarismo

Enquanto que num primeiro momento nos dispomos a enunciar, de forma breve, a Análise Econômica do Direito e seus pressupostos básicos, nesta segunda parte discorreremos sobre o pensamento filosófico que sustenta este ponto de vista, qual seja, o Utilitarismo, a fim de entendermos essa reflexão filosófica e suas influências na Análise Econômica do Direito, naquilo que diz respeito à escolha que trará maior utilidade.

Por toda a história do pensamento, o homem se dispôs a analisar uma conduta desparticularizada a fim de avaliar se esta foi ou não justa, de tal maneira que, dependendo da referência utilizada – mundo das ideias, Cosmos, Cristo etc. – teremos uma resposta diferente para o valor da conduta. Com o Utilitarismo não é diferente, assim, este tipo de pensamento recebeu na academia a alcunha de “consequencialista”, pois tem como referência o *efeito* que determinada conduta gera no mundo, para, a partir daí atribuir o valor moral.

Um dos expoentes do consequencialismo é Nicolau Maquiavel (1469-1527), que na sua filosofia julga determinada conduta como sendo boa quando o agente, através das estratégias de meios e fins, conquista aquilo que deseja. A conduta em si não tem valor moral, o valor está no efeito que a conduta acarreta. Igualmente, o Utilitarismo parte da mesma premissa, porém, a conduta será boa se o seu efeito, ou consequência, maximizar a utilidade, ou seja, alavancar o prazer e diminuir a dor.

Enquanto que para Maquiavel a virtude moral diz respeito ao triunfo individual mesmo em detrimento do coletivo, o que torna sua moral egoísta, ao contrário, David Hume propõe uma reflexão altruísta, humanista, voltada para o bem da coletividade, mesmo em detrimento do indivíduo, pois a utilidade desperta no ser humano um sentimento de simpatia e confiança na regra ou na ação.

A utilidade é agradável e granjeia nossa aprovação. Esta é uma questão de fato, confirmada pela observação diária. [...] útil para os interesses de alguém. Não apenas os nossos, pois nossa aprovação frequentemente se estende além disso. Devem ser, portanto, os interesses daqueles beneficiados pelo caráter ou ação que é objeto de aprovação; e estes, devemos concluir, por mais remotos que sejam, não nos são totalmente indiferentes. Ao tornar disponível esse princípio, teremos descoberto uma imensa fonte de distinções morais⁹.

Jeremy Bentham inicia sua obra indicando que o fundamento da sua filosofia é o sentimento gerado por determinada conduta, pois o homem, tendo em vista sua constituição física e biológica, está entregue a dois senhores soberanos, a *dor* e o *prazer*, sendo eles, em última análise, que ditam o valor moral de uma conduta.

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. Somente a ele compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e efeitos¹⁰.

9 HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Unicamp, 1995. p. 82-83.

10 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna e João Marcos Coelho. São Paulo: Nova Cultural. 1989.

Assim, Bentham propõe o princípio da Utilidade, que pode ser traduzido em uma “conta” onde são “pesados” a dor e o prazer em busca da maximização da felicidade.

Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade¹¹.

John Stuart Mill, dando continuidade à escola utilitarista, possui a mesma finalidade de raciocínio, e o princípio que apresenta é igualmente esclarecedor. Afirmar que “a convicção que aceita a utilidade ou o princípio de maior felicidade como o fundamento da moral admite que as ações são corretas na proporção em que promovem a felicidade, e as erradas na medida em que produzem o contrário da felicidade”¹².

Trazendo esta reflexão para o plano “macro”, as condutas da sociedade, tais como as legislações, os programas de governo e, por que não, a própria Economia e o Direito, também estão submetidos ao princípio da Utilidade neste tipo de reflexão. O cálculo agora deixa de ser individual, uma conduta individual desparticularizada, e passa a ser uma soma das condutas individuais, tomada pela sociedade ela mesma, no intuito de aumentar a felicidade e diminuir a dor da maioria de seus membros.

A comunidade constitui um *corpo* fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus *membros*. Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade¹³.

Feita esta breve introdução do pensamento utilitarista, impossível deixar de notar sua influência no pensamento da Análise Econômica do Direito. O próprio princípio da eficiência apresentado na primeira parte é denunciador de sua semelhança com a visão utilitarista. Em retrospectiva, a eficiência se dá quando a transação agrega ao agente maior utilidade em detrimento dos custos, sem que isso venha a prejudicar o seu semelhante, alcançando o já mencionado ótimo de Pareto, um dos instrumentos utilizados para esta verificação.

Naturalmente, a escolha racional é também ela mesma patrocinadora da utilidade, que segundo Bentham, está à mercê dos dois sentimentos maiores que governam nossa vida, a dor e o prazer. Sendo assim, a utilidade é alcançada quando há uma alocação eficiente dos recursos econômicos, objetivo fundamental da Análise Econômica do Direito. Sob essa análise, temos que concluir, portanto, que a teoria da Análise Econômica do Direito é patrocinadora da felicidade e do bem-estar da sociedade, pois privilegia a alocação de recursos de forma eficiente, buscando sempre o equilíbrio e contribuindo, assim, para a maximização da felicidade da sociedade como um todo.

Análise Ética da Economia

Um dos problemas do utilitarismo é que nem sempre a felicidade da maioria é o valor mais importante ou sinônimo de melhor decisão. Por toda nossa história, o aplauso da maioria foi patrocinador

11 Id.

12 MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Alexandre Baga Massella. São Paulo: Hunter Books, 2014.

13 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna e João Marcos Coelho. São Paulo: Nova Cultural. 1989.

das piores atrocidades já cometidas pelo homem. Sócrates, grande pensador grego, foi acusado de corromper a juventude e profanar contra os deuses, e com o apoio da maioria, foi condenado à morte e obrigado a beber a *cicuta*. Jesus Cristo também foi condenado, e com o apoio da maioria, Barrabás foi solto e Cristo crucificado; Adolf Hitler ascendeu ao poder na década de 30 também com o apoio da maioria, e seu governo foi responsável pelo holocausto e o genocídio de milhões de pessoas, como judeus, presos políticos, ciganos, homossexuais, ou seja, as minorias, que no cálculo utilitarista são desconsideradas.

Há um outro problema, se a conduta moral é aquela que traz utilidade, até quando temos que esperar para saber se essa conduta foi benéfica ou não? Porque a consequência de uma conduta é causa de outra consequência. Então, até quando devemos esperar para avaliar se a conduta foi útil? Um exemplo é a crise de 2008. A crise econômica de 2007-2008 é uma conjuntura econômica global que se sentiu durante a crise financeira internacional precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense Lehman Brothers, fundado em 1850. Em efeito dominó, outras grandes instituições financeiras quebraram, no processo também conhecido como “crise dos *subprimes*”.

Em um primeiro momento, o crédito fácil para agentes econômicos sem patrimônio para garantir a dívida foi uma maneira muito eficaz de girar a economia e estimular o consumo, gerando riqueza e emprego. Do ponto de vista do utilitarismo, uma conduta que maximizou a felicidade da maioria e, portanto, uma conduta reta, boa. O consumo exacerbado e a concessão de crédito desenfreada, entretanto, causaram um colapso global que dura quase dez anos e ainda não há perspectiva de recuperação. Facilitar o crédito foi bom ou ruim do ponto de vista utilitário?

Ao problematizar essas questões, é possível observar que a apropriação do Direito pela Economia não deve ser totalmente aplaudida, muito menos se quisermos construir uma sociedade igualitária e fraterna como há muito prometido desde que a cabeça de Luís XVI foi apresentada ao povo francês. Para isso, devemos apontar os limites morais do mercado, aquilo que poderia ou não ser comercializável, pois isso determinará o tipo de sociedade que queremos construir no futuro.

Outra objeção é cabível. O que fazer com os direitos individuais fundamentais quando a conduta beneficia a maioria? Seria moralmente aceito matar uma pessoa para salvar dez? Ou mesmo negar um *habeas corpus* com o fundamento na “manutenção da ordem pública”? Em uma conta utilitária “fria”, matar um para salvar dez poderia ser moralmente aceitável em alguns casos, mas se esse “um” for um parente próximo, a resposta certamente será diferente.

A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais¹⁴.

Tornando o escopo para o mercado, temos que a visão utilitarista também é causadora da corrupção da moral, pois coloca tudo à venda, o que beneficia os ricos e estimula a desigualdade social, corroendo a democracia. A concentração de riqueza leva à concentração de poder, o que gera um ciclo vicioso que compromete a legitimidade das ações de Estado e a distribuição de renda, pois distancia os pobres do

14 SANDEL, Michael. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 51.

engajamento político e coloca todo o poder nas mãos dos donos do capital. A corrupção moral reside no fato de que quando precificamos certos princípios ou valores morais, na maioria das vezes os vendemos a preço baixo, desvalorizando o bem na transação, como por exemplo, a venda de voto em eleições “democráticas”, corrompendo o valor da cidadania.

Essa “corrupção de valores” fez com que, paulatinamente, nos tornássemos uma sociedade de mercado. Nas palavras de Michael Sandel:

Uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformadas à imagem do mercado¹⁵.

A sociedade de mercado patrocina a concentração de riqueza e alarga a distância entre ricos e pobres, cabendo a estes últimos a única alternativa possível, que é a de corromper os valores morais em nome de benefícios econômicos, para que assim possam ter uma chance de sobreviver. Ideias como a de vender um filho por não ter condições de criá-lo, ser barriga de aluguel de uma família abastada, aceitar um pagamento abaixo do mínimo para manter o emprego, vender o voto em eleições etc., são opções atraentes apenas aos mais pobres. Enquanto que a compra do direito de poluir, educação e saúde de qualidade, cargos públicos etc., são acessíveis apenas pelos ricos. Em uma sociedade onde há desproporção nos bens acessíveis pela maioria, o problema da desigualdade assume papel fundamental.

Importante esclarecer que os sistemas normativo e jurídico são criações do grupo dominante da sociedade. Com a ascensão da burguesia e do mercantilismo, a concentração de riqueza leva necessariamente a uma concentração de poder, razão pela qual o Poder Legislativo é um dos que mais sofre influência dos donos do capital, uma vez que o Executivo apenas executa as Leis elaboradas e o Judiciário as aplica no caso concreto.

A Análise Econômica do Direito, que visa aplicar as premissas da Economia na interpretação legislativa para aplicar ao caso concreto, é ela mesma um instrumento utilitário, que garante a manutenção da ordem econômica tal como está e permite cada vez mais a acumulação de riqueza pela camada mais privilegiada da sociedade, aumentando a utilidade dos donos do capital em detrimento dos custos provenientes de uma decisão judicial pautada por princípios morais, potencializando as diferenças sociais. Não por acaso, A Análise Econômica do Direito nasceu no berço do capitalismo, e é utilizada como instrumento de poder para controlar como o Estado deve encarar as relações sociais. A ordem econômica vigente é tratada como um Cosmos no qual a vida do homem orbita sem vontade própria, como se a economia fosse um dado *a priori* ao qual o homem deve se submeter e nesse sentido, o controle social precisa ser exercido de forma eficiente para que a sociedade funcione como engrenagens (produtivas e precisas) como se fosse uma máquina. O controle e adestramento dos corpos perfaz, portanto, a mesma lógica do desenvolvimento econômico, construindo um Estado que vigia a produção como sendo o seu maior bem interno, independentemente até do que os valores humanos.

A economia se comporta, como na visão de Bentham, como um verdadeiro *Panopticon*, o grande vigia no centro do mundo social que manipula o comportamento dos indivíduos e os punem com as

15 SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 16.

ferramentas da Análise Econômica do Direito, fazendo com que os ditos cidadãos passem a enxergar essa visão de mundo como sendo a correta e a única possível e aceitável. Michel Foucault, conhecido por seus trabalhos de investigação sobre a gênese do poder, mostra de forma pontual a relação entre a estrutura do *Panopticon* e o exercício do poder.

O *Panopticon* era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. [...] Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que o observa através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo¹⁶.

Uma visão mais moralista da interpretação jurídica parte do pressuposto de que, nesta relação, o homem é o centro gravitacional, no qual a economia deve orbitar, sendo a economia apenas um instrumento para viabilizar o convívio em sociedade. Tamanha força ideológica é notável através da análise de discursos que visam problematizar questões como desigualdade, fome, distribuição de renda e emprego, endividamento, direitos humanos e afins sem nunca propor algo diferente do capitalismo, que possui, em sua essência, os problemas objetos de discussão.

Isso faz com que sejam fabricados indivíduos dóceis que acreditam ser o capitalismo algo transcendente, ou até mesmo natural na evolução humana, sem se atentar ao fato de que é apenas um instrumento de dominação que expande seus objetivos para todas as esferas da vida em sociedade, sendo a Análise Econômica do Direito um de seus instrumentos, dentre outros, de exercer essa dominação. Desta forma, a estratégia utilizada é a de deslegitimar toda e qualquer interpretação que venha a se contrapor com os valores do liberalismo, fazendo acreditar que a “mão-invisível” é suficiente para resolver os conflitos que venham a surgir, formando o triângulo poder-direito-verdade.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade, isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros..., os meios pelo qual cada um deles é sancionado, as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; e *status* daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro¹⁷.

Isso demonstra, portanto, que tal visão utilitarista do Direito através da economia, se mostra como um instrumento ideológico de dominação, que privilegia mais propriamente a classe dominante e patrocina a continuidade do *status quo*, sem enfrentar o núcleo dos problemas trazidos pelo capitalismo. Estes problemas revelam-se na enorme desigualdade social, na exploração desenfreada da natureza sem a avaliação do impacto que vem produzindo, das questões relativas aos diversos movimentos migratórios e suas fronteiras, nas guerras oriundas de ocupações colonizadoras, dentre tantas outras questões que o mundo globalizado e a democracia vêm enfrentando atualmente.

A Análise Econômica do Direito, portanto, não se traduz apenas como um instrumento que emprega as premissas da economia na interpretação das normas jurídicas, mas se constitui em uma ética capitalista que predomina na sociedade moderna e que transformou o homem em um animal trabalhador, aquele que serve a sua vida ao trabalho, que deixou de ter uma vida contemplativa para viver de forma produtiva.

16 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 87.

17 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

Assim, a sociedade que nunca para de produzir, que nunca descansa, se tornou no que Byung chama de “sociedade do cansaço”, ou seja, a sociedade formada por indivíduos que estão exaustos de tanto produzir e que desenvolvem patologias biológicas provenientes do trabalho exacerbado, tais como depressão e *burnout*. Essa lógica do cansaço, desenvolvida no sistema capitalista, faz do homem um escravo de si mesmo, escravo do trabalho.

Em tal perspectiva, levando em consideração de que o trabalho é pressuposto da dignidade humana, a Análise Econômica do Direito potencializa a existência do *Homo sacer*, aqueles excluídos da sociedade, desnudos de dignidade, posto que a Análise Econômica do Direito visa a alocação de recursos de forma a aumentar a utilidade, e para isso, a produção é fundamental, excluindo todos aqueles que não possuem recursos financeiros ou capacidade laborativa da lógica de mercado, formando uma espécie de mortos-vivos.

Mais desnuda que a vida do *homo sacer* é a vida hoje. *Homo sacer* é originalmente alguém que foi excluído da sociedade em virtude de um delito. Ele pode ser morto, sem que o autor seja penalizado por isso. Segundo Agamben, o *homo sacer* representa uma vida absolutamente passível de ser morta [...]. Se a sociedade pós-moderna do desempenho reduz a todos nós como vida desnuda, então não apenas as pessoas que estão à margem da sociedade ou pessoas em situações excepcionais, portanto não apenas os excluídos, mas todos nós, indistintamente, somos *homines sacri*¹⁸.

Nesse sentido, o Direito não deve ser tomado pela lógica econômica de forma plena, ao contrário, deve interpretar a norma de tal maneira a criar uma inclusão social que vise a melhor convivência possível entre todas as camadas sociais. Sendo o sistema capitalista formado de ciclos, onde as crises econômicas são inevitáveis, nada melhor do que uma interpretação normativa que não seja eminentemente econômica.

Considerações Finais

A Ética é a reflexão sobre a vida, de tal maneira que a sociedade como um todo deve participar da definição de como deve ser a melhor maneira de conviver. Com este pequeno esboço, buscou-se apresentar as premissas de duas escolhas contraditórias e excludentes entre si, se aplicadas de forma única e exclusiva.

A Análise Econômica do Direito tem seus méritos, pois patrocina a alocação dos recursos de forma eficiente, fazendo com que os recursos materiais sejam inteligentemente distribuídos na sociedade, contribuindo assim para o desenvolvimento econômico e a ascensão da nação como um todo.

Por outro lado, colocar tudo nas regras do mercado gera desigualdade social e a concentração de riqueza que, como afirmado, leva à concentração de poder, formando um ciclo vicioso onde as camadas menos favorecidas são obviamente as mais prejudicadas. A aniquilação dos valores morais em nome da eficiência econômica se mostrou igualmente preocupante, posto que estes deveriam ser os valores norteadores de toda a sociedade, e sem eles não haveria referência para onde devemos navegar.

Atualmente, a nossa sociedade complexa demanda posturas que levem em conta não apenas o aspecto individual, racional e objetivo, mas também coletivo. Nesse sentido, direito e economia precisam, cada vez mais, pautarem-se por critérios que valorizem o aspecto coletivo da existência humana, os mecanismos afetivos e emocionais que os fundamentam e a subjetividade do ser humano e da vida para que, num mundo globalizado e plural, a diversidade seja a marca das decisões econômicas e jurídicas,

18 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 45-46.

objetivando critérios que se pautem pela ideia de sustentabilidade da vida, e não simplesmente por um lucro imediato e, nesse sentido, limitado em sua essência.

A história já nos mostrou que o direito puro é por ele mesmo gerador de desigualdade e atrocidades. Igualmente, a economia pura também o é, como observamos nesse pequeno ensaio. O que deve se buscar é sempre um equilíbrio nas decisões jurídicas, de modo a fazer com que direito e economia andem juntos, cada qual com suas atribuições, para que se possa construir uma sociedade digna de respeito, e para isso, os valores morais são importantíssimos e não devem ser transacionados em nome de um interesse individual e transitório.

A globalização precisa ser enfrentada em sua complexidade. Movimentos migratórios, guerras nacionalistas, desigualdade social, degradação do meio ambiente, economia predatória, degradação de culturas locais, minorias, enfim, a diversidade de desafios que a contemporaneidade apresenta são aspectos de uma mesma realidade construída pela humanidade. A fragmentação de uma análise pontual só pode favorecer a uma análise mais profunda quando não perde o seu aspecto macro e sistêmico de interdependência.

Referências

- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna e João Marcos Coelho. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- COASE, Ronald Harry. **The firm, the market and the Law**. Chicago: University Chicago, 1990.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Unicamp, 1995.
- MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Alexandre Baga Massella. São Paulo: Hunter Books, 2014.
- PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1984.
- PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of Law**. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.
- SANDEL, Michael. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.