



A ASCENSÃO E QUEDA DO *LAW AND ECONOMICS*: UM ENSAIO PARA O JUIZ GUIDO CALABRESI^{1/2}

THE RISE AND FALL OF LAW AND ECONOMICS: AN ESSAY FOR JUDGE GUIDO CALABRESI

Ugo Mattei³

Resumo

Neste ensaio uso *Law and Economics* e raciocínio de eficiência no Direito como instrumento na tentativa de prever o destino da liderança dos Estados Unidos no Direito. Argumento que *Law and Economics* tem contribuído significativamente para a obtenção de hegemonia mundial pela pesquisa jurídica estadunidense, graças principalmente a trabalhos pioneiros, tal como aqueles de Guido Calabresi nos anos 60 e 70. Afirmo que aspectos posteriores do *Law and Economics* consumiram muito de seu inicial capital de prestígio e que o declínio da fase da análise econômica do Direito já está em bem em curso. Igualmente defendo que a queda do *Law and Economics*, dado a seu formalismo exacerbado, paroquialismo e centralização no ocidente, permite uma previsão mais geral do início da fase de declínio da pesquisa jurídica estadunidense no cenário global.

Palavras-chave: Law and economics; raciocínio de eficiência; teoria do direito

¹ Artigo recebido em: 03/09/2012. Pareceres emitidos em: 17/09/2012 e 29/09/2012. Aceito para publicação em: 30/09/2012.

² Artigo intitulado: The rise and fall of Law and Economics: An essay for judge Guido Calabresi, originalmente publicado em Maryland Law Review, 2005, disponível em <http://works.bepress.com/ugo_mattei/27>. Tradução de Rafael dos Santos-Pinto.

³ Alfred and Hanna Fromm Professor do International and Comparative Law, U.C. Hastings; Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Torino. Este trabalho desenvolve ideias primeiro apresentadas no Encontro Anual da Associação de Economistas Italianos Públicos, realizada em Pávia, Itália, em outubro de 2003. Ele foi apresentado no Simpósio O Custo dos Acidentes de Calabresi: Uma Geração de Impacto no Direito e na Academia, Universidade de Maryland School of Law, abril 23-24, 2004, realizada em honra do juiz Guido Calabresi, quem tenho como mentor, amigo e modelo intelectual. Tenho proferido subsequentes versões deste trabalho em um workshop de faculdade na Universidade de Hong Kong; no Simpósio de *Law and Economics* organizado pela Ordem dos Advogados da França, ocorrida em Paris, França, em junho de 2004; no Fórum de Direito Comparado e Economia, realizado em Zurique, Suíça, em junho de 2004; nos workshops de faculdade da faculdade de Direito Universidade de Amsterdam (15 de março de 2005); e no Lefic, Escola de Administração de Copenhagen (17 de março de 2005). Devo agradecer todos os participantes destes eventos pelos seus comentários e críticas. Partes deste trabalho foram extraídas de: Ugo Mattei, A Theory of Imperial Law: A Study of U.S. Hegemony and the Latin Resistance, 10 Ind. J. Global Legal Stud. 383 (2003), e Ugo Mattei & Alberto Monti, Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance, 1 Global Jurist Frontiers, No. 2 Art. 4 (2001).



Abstract

In this Essay I use law and economics and efficiency reasoning in the law as a proxy in attempting to predict the fate of U.S. intellectual leadership in the law. I argue that law and economics has significantly contributed to the attainment of worldwide hegemony by U.S. legal scholarship, mostly thanks to early work, such as that pioneered by Guido Calabresi in the 1960s and 70s. I claim that later aspects of the style and politics of law and economics have consumed much of its early capital of prestige, and that the decline phase of the economic approach in legal reasoning is well on its way. I further argue that the fall of law and economics, due to its overformalism, parochialism, and western-centrism, allows a more general prediction on the beginning of a decline phase of U.S. legal scholarship in the global scenario.

Keywords: law and economics; efficiency reasoning; legal theory.

Sumário: 1. Os Estados Unidos como contexto de recepção; 2. Hegemonia estadunidense e consciência jurídica mundial; 3. A ascensão do raciocínio de eficiência nos Estados Unidos; 4. Exportando o raciocínio de eficiência: Europa como contexto de recepção; 5. Paroquialismo, reinvenção da roda e o declínio do *Law and Economics*.

INTRODUÇÃO

Neste ensaio uso *Law and Economics* e raciocínio de eficiência no Direito como instrumento na tentativa de prever o destino da liderança dos Estados Unidos no Direito. Argumento que *Law and Economics* tem contribuído significativamente para a obtenção de hegemonia mundial pela pesquisa jurídica estadunidense, graças principalmente a trabalhos pioneiros, tal como aqueles de Guido Calabresi nos anos 60 e 70. Afirmo que aspectos posteriores do *Law and Economics* consumiram muito de seu inicial capital de prestígio e que o declínio da fase da análise econômica do Direito já está em bem em curso. Igualmente defendo que a queda do *Law and Economics*, dado a seu formalismo exacerbado, paroquialismo e centralização no ocidente, permite uma previsão mais geral do início da fase de declínio da pesquisa jurídica estadunidense no cenário global.

No início deste trabalho devo deixar claro que o sucesso político de dado paradigma de teoria jurídica (tanto internamente quanto no exterior) deve ser visto como um fenômeno muito independente daquele do prestígio do dito paradigma. Por exemplo, formalismo legal (em suas variadas formas) tem sido (e em parte ainda é) a forma triunfante de raciocínio jurídico na arena da prática jurídica, muito depois de que seu prestígio intelectual começou sua fase de declínio. Similarmente, *Law and*



Economics pode ser intelectualmente muito prestigioso, mas ao mesmo tempo politicamente muito fraco (tal como durante a década de 80 na Europa), ou pode ser politicamente muito poderoso e intelectualmente fraco. Argumento que este último cenário é o caso hoje, em que as poderosas instituições de governança global (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional - FMI, Organização Mundial do Comércio - OMC) endossam (e compelem a) algumas das ideias notoriamente mais simplísticas da *Law and Economics*. Também, hoje poderosos esforços organizacionais (tal como a Associação Europeia de *Law and Economics*) produzem um clima de otimismo e autocongratulação que preclui que muitos dos pesquisadores do *Law and Economics* entendam o começo do declínio do seu prestígio internacional.

Também, de pronto, devo acrescentar que este trabalho só se reporta ao que pode ser dito o núcleo do consenso do *Law and Economics* como uma forma de raciocínio jurídico, o que considero ser a única versão relevante de *Law and Economics*. De certa forma, trato aqui da perspectiva predominante (*mainstream*), e não me preocupo com muitas das tentativas de mais ou menos sucesso ou influência de ir além do predominante. Perspectivas como *Law and Economics* comparado ou *Behavioral Law and Economics* são muito circunscritos para serem globalmente relevantes, e mais, eles muitas vezes não podem ser vistos como desafios genuínos ao núcleo do consenso⁴. Consequentemente, meu argumento central não pode ser refutado somente se mostrando amostras específicas de usos não paroquiais, não etnocêntricos, não simplísticos e não ideológicos da perspectiva econômica. O que se tornou uma indústria, perdendo a pungência crítica original, que propiciou sua ascensão como paradigma global de raciocínio jurídico, é o núcleo do consenso do *Law and Economics* e seus defensores.

Finalmente uma nota sobre meu método. Uma vez que uma das táticas mais difundidas para estabelecer hegemonia é tornar o *status quo* natural, como se

⁴ Para uma variedade de análises, todas as quais considero variações ao mesmo consenso, veja Nicholas Mercurio & Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism* (1997) (propicia um panorama não crítico das escolas de pensamento dominantes nos movimentos do Direito e economia). Uma omissão significativa daquele estudo é a escola de pensamento *comparative law and Economics*, que é talvez a única quebra radical com o consenso geral. Não é nem mencionado nem discutido no livro. Para uma discussão aprofundada do *comparative law and Economics*, veja Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (1997).



fenômenos sociais não fossem produto da história mas uma epifania de uma natureza um tanto imutável das coisas, discutirei *Law and Economics* em um relativamente profundo contexto comparativo e histórico. Em outras palavras, começarei minha discussão muito antes de 1960, o ano estabelecido como do nascimento do *Law and Economics*, e compararei a presente situação de hegemonia legal dos EUA com momentos em que outros países, tal como França e Alemanha, foram hegemônicos na tradição legal ocidental. Existe a necessidade dos acadêmicos Estadunidenses entenderem que sua presente posição de prestígio internacional e vantagem científica não durará para sempre.

1 OS ESTADOS UNIDOS COMO CONTEXTO DE RECEPÇÃO

Em trabalhos anteriores delineei a estrutura fundamental do que chamo de “a *rule of law* profissional” e as razões históricas para a presente liderança intelectual dos EUA no cenário jurídico global⁵. A estrutura fundamental do Direito estadunidense tem se desdobrado para se tornar um sistema politicamente legitimado em que o poder direto do governo é contrabalanceado por um conjunto de controles profissionais (contramajoritários): um controle judicial e um controle acadêmico. Tal sistema é resultado de importações da Europa, digeridos e feitos espetaculares por meio de expansão nos EUA.

No início do último século, o Direito Estadunidense havia recebido da Europa, e digerido de uma forma genuinamente original, os componentes fundamentais de sua estrutura. A tradição *common law* inglesa transmitiu à antiga colônia o ideal de juízes como oráculos da lei e de um judiciário forte e independente como um sistema (*framework*) institucional no qual juízes podem realizar seu papel como guardiães dos direitos individuais. O Direito estadunidense tem desenvolvido este legado e o explicado ao ponto de inventar a “adjudicação constitucional” (*constitutional adjudication*), um feito que não foi cumprido mesmo pelo grande *Sir*

⁵ Ugo Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L. 5 (1997) (explicando “the rule of professional law”); Ugo Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, 42 Am. J. Comp. L. 195 (1994) [depois Why the Wind Changed] (examinando a liderança dos EUA no Direito).



Edward Coke⁶. Juízes não só são oráculos da lei e líderes do sistema legal profissional, mas também tem poder de declarar, no processo de adjudicação, decisões políticas como inconstitucionais⁷. Em virtude de tal poder judicial ostensivo dentro do Direito estadunidense, a crença – já notada por Alexis de Tocqueville⁸, que qualquer problema político pode, mais cedo ou mais tarde, ser adjudicado por um tribunal – foi levada ao seu extremo nos julgamentos de Nuremberg, e possivelmente ao seu limite em *Bush v. Gore*⁹. Mais importante, os Estados Unidos inventaram uma ferramenta legal (adjudicação constitucional) que agora é parte da consciência jurídica mundial¹⁰.

A tradição do *Civil Law* também transmitiu aos Estados Unidos vários modos de pensamento que o Direito estadunidense esteve ocupado em expandir. Ao longo dos séculos dezanove e vinte a França demonstrou aos Estados Unidos a ideia de direitos individuais universais. Estes Direitos “negativos” (ou também ditos “direitos de primeira geração”) foram emoldurados na Constituição dos EUA, tão influente que foram à maioria dos *Founding Fathers*¹¹. Não só foi o ideal universalista levado a seu extremo, como visto por, entre outros fatos, noções de uma jurisdição universal dos tribunais dos EUA na vindicação de tais direitos, mas direitos negativos, na falta

⁶ Dictum de Coke's no caso *Dr. Bonham*, 77 Eng. Rep. 638 (K.B. 1610), é geralmente tido como o ancestral Inglês do conceito de *judicial review* delineado em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 100 (1971); Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review* 38 (1989). Lord Coke escreveu que: “em muitos casos, o *common law* irá controlar os Atos do Parlamento, e que algumas vezes pode julgar eles totalmente nulos: pois quando um Ato do Parlamento é contra o Direito comum, a razão, ou é repugnante, ou impossível de ser realizado, o *common law* irá controlá-lo e julgar tal ato como nulo”. *Dr. Bonham's Case*, 77 Eng. Rep. p. 652.

⁷ Veja *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) at 178.

⁸ Veja Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 115 (Arthur Goldhammer trans., Library of Am. 2004) (1835).

⁹ 531 U.S. 98 (2000); see Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Colum. L. Rev.* 237 (2002). See generally Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 *Cal. L. Rev.* 1721 (2001) (dando uma discussão da decisão à luz da história jurídica).

¹⁰ Uso o termo “consciência jurídica” (*legal consciousness*) no sentido de Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, 36 *Suffolk U. L. Rev.* 631, 634 (2003) [daqui em diante *Two Globalizations*].

¹¹ Para uma discussão recente e fascinante de seu credo e ideologia, veja Joseph J. Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation* (2000).



das noções substanciais de soberania e estatalidade desenvolvidas pelos Jacobinos, se tornaram limite genuíno à atividade redistributiva do Estado estadunidense. Noções de liberdade da intrusão governamental foram, de forma alguma, limitados à legiferação judicial da era *Lochner*¹². Um forte limite a qualquer papel proativo do governo – exceto em áreas como militares e de defesa, nas quais rotineiramente ocorrem massivas transferências de riqueza – podem ser antevistas em noções de direitos (econômicos) inspirados pelo pensamento francês.

Ainda mais, a Alemanha transmitiu aos EUA uma de suas características contemporâneas fundamentais: a presença de instituições acadêmicas fortes e independentes que servem como um contrabalanço profissional ao processo político. Foi só porque o Direito foi considerado uma ciência, claro legado do historicismo alemão, que foi natural argumentar seu ensino em contextos universitários¹³. Em outra medida o Direito poderia ter se mantido uma questão prática, como continuou a ser na Inglaterra até depois da Era Vitoriana. Uma vez importada aos EUA, o sistema profissional alemão¹⁴ tem se impulsionado pela proliferação de instituições acadêmicas, típicas a este lado do oceano. Hoje, faculdades de Direito estadunidenses (escolas profissionais com corpo docente que se consideram pesquisadores acadêmicos) são as únicas escolas do mundo que oferecem educação jurídica básica na graduação. Consequentemente, e paradoxalmente para um sistema baseado em “ensino profissionalizante”, o advogado estadunidense médio é exposto a mais anos de treinamento acadêmico que qualquer outro colega no mundo. Mais ainda, a academia estadunidense pode ser vista como a atual escola de graduação mundial de advogados – muitos advogados ambiciosos por tudo mundo completam sua graduação jurídica nos EUA¹⁵. O programa de

¹² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹³ Sobre o impacto do modelo profissional alemão nos Estados Unidos, veja James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 *Yale L.J.* 156 (1987).

¹⁴ Veja Wolfgang Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, 39 *Am. J. Comp. L.* 229, 235 (1991) (descrevendo a crescente tendência de advogados europeus procurarem uma educação jurídica estadunidense).

¹⁵ Veja generally Richard H. Fallon et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* (4th ed. 1996).



graduação é, portanto, outra ferramenta poderosa na difusão mundial do Direito estadunidense.

O Direito estadunidense nesta fase inicial não só importou da Europa, mas outras características fundamentais de sua estrutura podem ser vistas como reações originais contra modelos europeus de Direito. Entre estes, deve-se ao menos mencionar a constituição escrita – uma reação contra a natureza arbitrária do Direito Constitucional não escrito inglês – e, especialmente para os propósitos deste ensaio, o alto grau de descentralização – outra reação contra a natureza altamente centralizada do sistema de governo inglês. Descentralização é provavelmente o aspecto mais original da estrutura fundamental do Direito dos EUA¹⁶. Nenhum outro sistema legal no mundo desenvolveu um sistema totalmente federal tão completo e complexo quanto os Estados Unidos desenvolveram. A coexistência de um grande número de tribunais estaduais e federais fez de assuntos de jurisdição e escolha do Direito aplicável as preocupações do sistema legal profissional estadunidense desde seu início. Ainda mais, a natureza descentralizada do sistema torna natural se analisar problemas jurídicos à luz da pergunta fundamental: Qual das várias possíveis respostas legais que competem entre si é de fato a melhor? Estas questões novamente fazem natural que se comparem possíveis soluções jurídicas de uma perspectiva de eficiência¹⁷. Não surpreende que *Law and Economics* como uma análise jurídica calcada na preocupação com a eficiência emergiu nos anos 60, logo depois da Escola de Processo Legal de Harvard, a escola de pensamento cujo método era fundado na análise institucional comparada¹⁸. Mais ainda, e mais interessante para um estudo da expansão do padrão estadunidense de

¹⁶ Veja Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* 28-29 (1994) (explicando a importância da análise institucional comparada como um componente do *Law and Economics*); Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law* 1 (1993) (notando que o sistema federalista do Direito societário estadunidense permite aos negócios escolherem qual estado tem estrutura jurídica que mais se minimiza os custos de se fazer negócios).

¹⁷ Veja Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* 83 (1995) (observando que a ascensão e queda do *Law and Economics* coincidiu com o declínio do *legal process school* e a ascensão do *comparative and interdisciplinary legal analysis*).

¹⁸ Veja Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (1996).



jurisprudência, as questões concernentes ao operador usual estadunidense (Qual tribunal tem jurisdição? Que direito se aplica?) são as mesmas questões na mesa de qualquer advogado avaliando um problema de relevância internacional¹⁹. Assim, na alvorada da globalização econômica, advogados americanos já gozam de uma cultura jurídica e discurso político que é mais amplo que seus limites jurisdicionais, e isto os faz mais bem equipados do que seus colegas estrangeiros para atacar problemas trazidos pela globalização econômica. Neste cenário, a “anexação” de mais uma jurisdição, onde quer que seja localizada, não muda particularmente o raciocínio do advogado estadunidense²⁰.

A globalização da economia e a derrocada mundial do Estado ativista, crucial para o projeto neoliberal e começado nos anos 80 pela dita revolução Reagan-Thatcher, provou ser o ambiente incubador ideal para a ascensão do *Law and Economics* como o mais influente modo de pensamento jurídico mundial no desfecho da Guerra Fria²¹. Com economistas (conservadores) tomando conta do principal papel de criadores de leis tanto nos EUA quanto no estrangeiro, foi uma consequência natural que aqueles advogados (majoritariamente estadunidenses) foram capazes de iniciar diálogo com economistas, os mestres de uma ciência social hegemônica, assim gozando de importante vantagem²². De forma mais geral, e novamente em virtude de uma variedade de razões que estão além do limitado

¹⁹ A própria estrutura do processo judicial estadunidense privatiza poder e atividade ao significativamente reduzir os aspectos do “domínio público” da litigação. Várias atividades dentro da litigação foram descritas como “oficiais” em sistemas jurídicos europeus, incluindo serviços de ajuizamento, cognição ou acareamento de testemunhas já são matérias privadas no Direito estadunidense. Rudolf B. Schlesinger et al., *Comparative Law: Cases, Text, Materials* 428, 448 (6th ed. 1998). Isto cria a base para o que tem sido recentemente chamado de “transplante de empreendedorismo”. See Jonathan M. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, 51 *Am. J. Comp. L.* 839, 849-54 (2003).

²⁰ Cf. Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (2002) (conferindo exemplos da exportação de instituições e práticas econômicas e jurídicas para países latinoamericanos).

²¹ Veja em geral Robert D. Cooter, *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*, 29 *UCLA L. Rev.* 1260 (1982).

²² Veja Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (1992) (discutindo o conceito de Hegel que o fim da história ocorreria com a adoção de uma democracia liberal como a forma de governo humana preferida).



escopo deste artigo, aumentou-se o prestígio do Direito estadunidense para os profissionais do mundo todo, de forma que a liderança intelectual dos EUA emergiu como um fato indisputável. Esta liderança durará? Neste ensaio, seguindo a parábola do *Law and Economics*, argumento que a fase de ascensão se encerrou e que a fase de declínio se inicia.

2 HEGEMONIA ESTADUNIDENSE E CONSCIÊNCIA JURÍDICA MUNDIAL

Enquanto, como demonstrado na primeira parte, as raízes da “naturalização” da forma estadunidense de raciocínio em uma Era Mundial podem ser encontradas muito atrás: a parábola do *Law and Economics* começa somente durante o coração da Guerra Fria chega a seu pico na década posterior à queda do Muro de Berlim, e, argumento, inicia seu declínio intelectual no começo do novo milênio, quando a liderança intelectual, política e moral dos EUA é questionada mundialmente com energia sem precedentes. A crescente resistência contra o neoliberalismo liderado por pesquisadores estadunidenses parece afetar muitos de seus intelectuais de maior relevância, incluindo advogados-economistas e outros comentaristas políticos, cujo papel, na ironicamente curta era do “fim da história”²³, tem sido tentar tornar políticas conservadoras em uma tecnologia neutra.

Em geral, esta mudança paradigmática no raciocínio jurídico produzido pela *Law and Economics* como ataque fundamental à relação hierárquica entre o sistema jurídico e a atividade do mercado tem sido impulsionada pela globalização da economia, na qual as fronteiras dos mercados são cada vez menos limitadas por aquelas dos Estados. Em verdade, mercados hoje são instituições mais fortes que os próprios Estados, de forma tão intensa que os poderosos atores societários da economia global controlam o sistema jurídico, ao invés de serem controlados por ele.²⁴ Em virtude deste deslocamento de poder algumas “predições” do *Law and Economics* acabaram sendo muito corretas, o que serve como argumento positivo para o *Law and Economics* como análise realista. Não obstante, o prestígio na arena

²³ Veja Noreena Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy* 7-8 (2001).

²⁴ Hoje a literatura no *Law and Economics* como movimento intelectual é muito extensiva.



mundial do pensamento jurídico não é só o resultado do cinismo na descrição da “realidade” social, que presentemente, em análise próxima, parece ser ainda pior que os teóricos mais cínicos puderam imaginar. Um paradigma acadêmico no Direito deve propiciar algum julgamento de valor e o prestígio geralmente deriva dos méritos de sua crítica. Conseqüentemente, a ascensão e queda do *Law and Economics* deve também ser compreendido em termos de desenvolvimentos acadêmicos e modos de pensamento das teorias jurídicas na arena mundial²⁵. Não existe forma de entender o impacto e prestígio de um movimento jurídico se nossa perspectiva é apenas local.

Por exemplo, acadêmicos do Direito Constitucional são sem dúvidas os “maiorais” nos EUA, uma vez que eles participam da atividade acadêmica de maior prestígio e gratificação. Não obstante, na arena mundial, apesar de fortes esforços políticos e institucionais de exportar as noções e ideias do constitucionalismo estadunidense por todo mundo, o Direito Constitucional é visto como um assunto intimamente doméstico, fazendo dos famosos acadêmicos do Direito Constitucional estadunidense – dominantes como são no ambiente acadêmico doméstico – figuras profundamente irrelevantes em perspectiva mundial. Para adquirir alguma influência, estes acadêmicos devem se reinventar como *experts* em Direito Comparado, ou como juristas generalistas, o que de forma alguma é o caso dos economistas (e *experts* em *Law and Economics*), que simplesmente fazem no exterior o que se ocupam em casa: discutem modelos abstratos com pouca preocupação com as complexidades da vida real. De forma mais geral, em um mundo que hoje é largamente privatizado, a arena mundial é reservada para os acadêmicos do Direito Privado, que é a área do Direito na qual se localizam a maioria das contribuições do *Law and Economics*.

Em razão da matéria deste artigo, minha preocupação é a influência do *Law and Economics* fora do seu nascedouro nos EUA. Também analiso um contexto que atraiu muita atenção na academia jurídica internacional: aquela de transplantes legais²⁶. A recente onda de hegemonia jurídica estadunidense pode ser vista de

²⁵ Veja em geral Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2d ed. 1993). Watson explica que a teoria de transplantes jurídicos é um “movimento de uma regra ou sistema de Direito de um país a outro, ou de um povo a outro”. *Ibid.* p. 21.

²⁶ Veja Elisabetta Grande, *Imitazione e Diritto: Ipotesi Sulla Circolazione dei Modelli* (2000); see also P.G. Monateri & F.A. Chiaves, *Shifting Frames: Law and Legal “Contaminations,”*



forma mais clara (e é muito mais significativa) como uma mudança na consciência jurídica, ao invés de um padrão de transplante de regras legais. Recepção normativa é uma atividade altamente criativa²⁷, e transplantes de normas seriam equivocadamente interpretados em sua natureza se fossem tidos somente como um exercício de importação/exportação²⁸. É por esta razão que é importante se avaliar o impacto do *Law and Economics* como “inventado” nos EUA por Guido Calabresi e difundido pela forma simplificada de Richard Posner, dentro do mais amplo contexto histórico e transnacional de pensamento jurídico.

O pano de fundo institucional do Direito estadunidense propiciado pelo contexto profundamente original no qual a *Legal Process School* – o primeiro paradigma originalmente estadunidense de pensamento jurídico – desenvolveu sua análise nos anos 50²⁹. Antes do *Legal Process*, movimentos acadêmicos nos Estados Unidos eram meras reproduções de modelos de pensamento Europeus, tal como o dogmatismo alemão (conhecido nos EUA como formalismo) ou jurisprudência sociológica (conhecido nos Estados Unidos como realismo jurídico). Uma vez que os EUA são o único sistema judicial federalizado do mundo, o Direito

in Introduction to Italian Law 21, 21-30 (Jeffrey S. Lena & Ugo Mattei eds., 2002) (analisando a importação de regras e instituições da França e Alemanha à cultura jurídica italiana). A literatura sobre transplantes jurídicos é agora bem extensiva.

²⁷ Considerando o Direito como uma mercadoria mecânica que pode ser importada e exportada como um aparelho de televisão ou um carro Land Rover é também uma estratégia de governança. Veja Ugo Mattei, Legal Pluralism, Legal Change and Economic Development, in *New Law for New States: Política del Diritto in Eritrea* 23 (L. Favali et al. eds., 1998). Veja em geral Laura Nader, *The Life of the Law: Anthropological Projects* 117-67 (2002) (examinando os processos hegemônicos do Direito nas épocas colonial e contemporânea).

²⁸ Para uma discussão das mudanças no pensamento atual do Direito Privado na Europa, veja Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture* (2001) (argumentando que acadêmicos europeus deveriam estudar os efeitos econômicos de diferentes regras de Direito Privado e promover uma regra em detrimento da outra se ela for mais eficiente). Para uma posição de maior nuance, entretanto, veja Mathias Reimann, *Droit Positif et Culture Juridique. L'américanisation du Droit Européen par Réception*, in 45 *Archives de Philosophie du Droit. Américanisation du Droit* 61 (2001) (discutindo a americanização como uma mudança de mentalidade).

²⁹ A *legal process school* recebeu recente retomada de atenção graças à publicação de 1994 de seu livro definidor, Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994) (1958). Para uma análise que junta *legal process* e *law and Economics*, veja Komesar, nota supra 13. Anterior à *legal process school*, as raízes de tanto o formalismo jurídico quanto o realismo podem ser traçadas até a Europa. Veja Kennedy, *Two Globalizations*, nota supra 7, p. 637-40 (discutindo a globalização do pensamento jurídico europeu clássico).



estadunidense deve, então, se adequar a um número único de conflitos potenciais entre atores institucionais. Esta prática naturalmente força advogados a desenvolver uma consciência tremendamente sofisticada da importância prática de que decide o que em matérias de litígio³⁰.

Dentro da cultura jurídica estadunidense o grau sem precedente de raciocínio antiformalista – devido a quarenta anos de domínio do realismo jurídico – demandou uma reação. Na Alemanha e França, os dois líderes e expoentes da tradição *Civil Law*, a jurisprudência sociológica (também conhecida como antiformalismo) nunca teve sucesso em ir além do status de corrente crítica do pensamento jurídico; ela mantém somente influência marginal fora da academia jurídica. Nos EUA, por outro lado, realismo jurídico tomou a liderança entre as análises legais nas universidades, e se tornou importante no judiciário e na administração estatal³¹. Como resultado, quando advogados estadunidenses começaram a interpretar seu papel de “criadores ocultos do Direito”³² muito abertamente, eles experimentaram uma perda de legitimidade que enfraqueceu seu projeto profissional³³.

Tentativas de reforçar aquela legitimidade e o projeto profissional dos advogados produziu a *Legal Process School* no Direito Público (lembre-se dos princípios neutros de Wechsler³⁴), e *Law and Economics* no Direito Privado. Estes movimentos não tiveram modelos estrangeiros que os inspirassem e foram conseqüentemente invenções “genuínas” da academia estadunidense.

Se vista da perspectiva doméstica do Direito estadunidense, ambos *Legal Process* e *Law and Economics* dividem uma relação ambígua com formalismo e

³⁰ Com mais interesse, veja outras publicações “clássicas” sobre a *legal process school*, Hart and Wechsler's *The Federal Courts and the Federal System*. Fallon et al., nota supra 12; veja também Akhil Reed Amar, *Law Story*, 102 *Harv. L. Rev.* 688 (1989) (revisando Paul M. Bator et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* (3d ed. 1988)).

³¹ Veja 2 Carlo Augusto Cannata & Antonio Gambaro, *Lineamenti di Storia Della Giurisprudenza Europea: Dal Medioevo All'epoca Contemporanea* (4th ed. 1989).

³² Para ponderações sobre a hegemonia realista no Direito dos EUA, veja Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (1977), and Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American Law* 105-10 (1984).

³³ Veja Antonio Gambaro, *Il Successo del Giurista*, 106 *Il Foro Italaiano* 86 (1983).

³⁴ Uso o termo “projeto profissional” no sentido sociológico desenvolvido em Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977).



realismo. Existem, contudo, importantes diferenças estruturais entre os dois. Seria difícil imaginar o nascimento do *Legal Process School* fora do peculiar sistema federal dos EUA. Enquanto isto, devido à natureza do raciocínio econômico, a análise econômica do Direito tende a ser um paradigma universalista³⁵. Como consequência deste distinto grau de especificidade local, somente *Law and Economics* se tornou uma forma hegemônica de consciência jurídica.

3 A ASCENSÃO DO RACIOCÍNIO DE EFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

Herman Oliphant, um líder do realismo jurídico, conclamou estudantes de Direito e advogados a sair das bibliotecas³⁶. A biblioteca jurídica e os materiais jurídicos lá dentro foram por muito tempo todo o universo do advogado do ocidente. À tradição textual dominante no continente europeu ao menos desde a era dos glosadores, só muito limitada correção foi posta pela tradição do *Common Law*, independentemente de sua autorrepresentação como Direito “não escrito”. Christopher Columbus Langdell costumava dizer que opiniões de apelação, elas próprias uma forma literária, são as matérias-primas no laboratório do advogado-cientista³⁷. Consequentemente, sair das bibliotecas foi de fato um programa revolucionário nos anos 30, porque advogados nunca verdadeiramente transitavam fora delas.

Para sair da biblioteca os advogados precisavam de guias. Karl Llewellyn, outro líder do realismo jurídico, bateu à porta do antropologista E. Adamson Hoebel

³⁵ Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).

³⁶ Veja Mattei, *Why the Wind Changed*, nota supra 2, p. 216 (demonstrando que “*Law and Economics* é ... uma tentativa de compreender forças que estão em jogo no Direito e não em um sistema jurídico em particular”).

³⁷ Veja Herman Oliphant, *The Public and the Law--The Three Major Criticisms of the Law and Their Validity*, 18 A.B.A. J. 787, 793 (1932). Oliphant afirmou:

Tais têm sido as tradições da pesquisa jurídica com que todos os estudantes de Direito tem amadurecido que, com tempo suficiente para revisar, quase todos eles provavelmente poderiam explicar a definição técnico-jurídica de roubo e com isso ganhar admiração geral da simetria e completude do desenvolvimento lógico que a pesquisa jurídica lhe conferiu. Mas se lhes fosse pedido para exemplificar algo como os limites do Direito Penal no controle de agentes de penhora como passíveis de serem acusados de receptação culposa de fruto de furto, ele poderia vasculhar bibliotecas interiras e ainda não ter resposta. *Ibid.*



para explorar as formas de “vida legal” fora das bibliotecas³⁸. Muitos outros realistas, também, concordaram que não advogados eram precisos em faculdades de Direito para desenvolver paradigmas não textuais de pensamento³⁹. Entre tais não advogados contratados nas faculdades de Direito podemos encontrar muitos dos fundadores do *Law and Economics*, incluindo os proeminentes economistas de Chicago Aaron Director e Ronald Coase.

Durante a era do realismo triunfante alguns advogados, ao invés de escolherem economistas como coautores, preferiram uma participação direta no conhecimento econômico. Entre estes pesquisadores que se equipavam para se aventurarem sozinhos, por meio das bibliotecas, encontra-se o verdadeiro criador da *Law and Economics*: Guido Calabresi.

Advogados, de certo, não se limitaram a usar seus guias para jornadas intelectuais fora do raciocínio textual. Nem todos eles, contudo, estavam a (à) procura de perspectivas críticas para contrariar o *status quo* do Direito, e buscaram, com a ferramenta da economia, melhores perspectivas para observar os “lugares escuros”⁴⁰. Muitos advogados, particularmente aqueles de maior tendência política conservadora, sentiram que décadas de realismo jurídico dominante requeriam uma reestruturação da legitimidade do advogado como projeto profissional. O Direito, como uma construção fundamentalmente conservadora, necessitava de uma reestruturação para retomar alguma objetividade, se pesquisadores do Direito e juízes fossem manter ocultos seu papel como criadores do Direito. Para considerar o Direito como a atividade daquele que decidiu por último, como os realistas consideravam, expõe a profissão jurídica ao seguinte desafio fundamental: se o Direito é tão tendencioso quanto as preferências políticas daquele que profere a decisão, então porque ele deve ser um advogado profissional ao invés de um político, médico ou comerciante de carros?

³⁸ G. Edward White, *The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880- 1910*, 78 Colum. L. Rev. 213, 220-22 (1978). Sobre Langdell e a crítica realista, a leitura mais interessante e vívida ainda é, em minha opinião, *The Ages of American Law* de Grant Gilmore. Veja Gilmore, nota supra 29, p. 42-48. Para uma mais recente e longa narrativa dos eventos intelectuais em torno do desenvolvimento do realismo jurídico, veja Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (1992).

³⁹ Nader, nota supra 24, p. 85-101.

⁴⁰ Veja Gilmore, nota supra 29, p. 87-88.



Na jurisprudência ocidental a ciência tradicionalmente serviu o propósito de explicitar o papel especial de advogados como aqueles que proferem as decisões, a despeito da sua falta de legitimidade política. Mas se a metáfora de biologia e geometria, muito cara a Langdell e seus seguidores formalistas⁴¹, não pode mais servir este propósito, “ciência social” agora daria conta⁴². E entre as ciências sociais a soberana, de fato, era a economia⁴³. Richard Posner é associado a esta contribuição fundamental – salvando a profissão de advogado das consequências de ser muito “cândido”⁴⁴.

Assim, a economia pode fornecer um bom guia fora da letra negra da lei e uma nova e forte fonte de legitimidade. Afinal, economistas estavam focados em incentivos e incentivos significavam focar no comportamento dos recipientes dos preceitos legais. Desta forma algo começou a acontecer fora e para além dos textos legais. Economistas, além disto, enquanto trabalhavam na teoria da escolha pública estavam eles próprios focando em algo fora do texto. Estes economistas se preocupavam com a produção das normas, com a legiferação, o processo determinante do conteúdo legal (v.g. procura por renda)⁴⁵. Enquanto tradicionalmente os advogados – incluindo realistas estadunidenses como advogados fundamentalmente positivistas – focavam na norma e nos preceitos como eles são (ou deveriam ser), economistas, por contraste, defendiam que o foco deveria ser retornado ao que era antes (escolhas públicas) depois (comportamento de reação a incentivos) do preceito legal. Estes economistas argumentavam que o foco deveria ser no processo de consequências sociais do desfecho de tal processo⁴⁶.

⁴¹ Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 180 (1982) (“Como pesquisador, é meu trabalho olhar em locais escuros e tentar descrever, tão precisamente como posso, o que vejo”).

⁴² Gilmore, nota supra 29, p. 42.

⁴³ Ibid. p. 87-88.

⁴⁴ Cooter, nota supra 18, p. 1260-61.

⁴⁵ Um advogado de Chicago sem treinamento formal em economia, Richard Posner, mais tarde se tornando juiz federal de apelações, começou a inundar sua pesquisa jurídica com sua tremenda produtividade do início dos anos 70. Seu livro, *Economic Analysis of Law*, é considerado um clássico na disciplina. Veja Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed. 2003) [Daqui em diante *Economic Analysis*].

⁴⁶ Veja James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962) (descrevendo a teoria da escolha



Quanto à legitimidade, manuais de economia predominantemente continuam retórica baseada em ciência e objetividade⁴⁷. O inicial sucesso do raciocínio de eficiência no Direito pode ser então justificado com base em dois fatores: 1. uma vez que o foco é no processo, então qualquer um aceitaria que o processo deveria ser eficiente; e 2. eficiência se dizia objetiva, um elemento essencial na estratégia de legitimação⁴⁸. Enquanto a justiça é o domínio dos sentimentos subjetivos, eficiência é o domínio da objetividade, já que ela oferece poucos e bem explicitados conceitos⁴⁹.

Economistas também tinham seus próprios planos, então *Law and Economics* não só servia as necessidades e curiosidade de advogados, mas daqueles economistas também. E aqueles planos, mesmo para os economistas, era comum a ambos conservadores quanto progressistas. Os economistas de mente mais aberta, tal como Ronald Coase no início de sua carreira, acreditavam que a segregação disciplinar entre disciplinas de economia e Direito era absurda⁵⁰. Afinal, anteriormente Direito e economia não eram nem disciplinas separadas, como provado pelo fato que o fundador da economia moderna, Adam Smith, foi professor de *jurisprudence*⁵¹. Foi só o positivismo, uma análise que tinha conquistado ambas as disciplinas no século dezenove, que quase paradoxalmente criou a impossibilidade cultural de comunicação entre elas.

Para os economistas o positivismo significou a plena separação entre fatos e valores, em o ser e dever-ser, entre discursos positivos e normativos⁵². Economistas simplesmente não podiam mais se comunicar com advogados dada a constante

coletiva); Jonathan R. Macey, *Public Choice and the Law*, in 3 *The New Palgrave: Dictionary of Economics and the Law* 171 (Peter Newman ed., 1998).

⁴⁷ A teoria da escolha pública estava ensinando a mesma lição que a *Legal Process School* de Harvard.

⁴⁸ Veja Deirdre N. McCloskey, *The Rhetoric of Economics* (2d ed. 1998).

⁴⁹ Minha explicação destes dois fatores que denotam o inicial sucesso do raciocínio de eficiência no Direito é desenvolvido em Mattei, nota supra 1, p. 20-22.

⁵⁰ *Ibid.* p. 4 (“Só existem algumas noções de eficiência aceitas pelo paradigma econômico estabelecido ... e existem tantas noções de justiça quanto indivíduos julgadores (nota de rodapé omitida).

⁵¹ v.g., R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 31 (1988).

⁵² Mattei, nota supra 1, p. 41-42; see Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics (Robin Paul Malloy & Jerry Evensky eds., 1994).



confusão de níveis de discurso que caracterizam os argumentos dos advogados sobre a justiça. Os poucos economistas, tal como Thornstein Veblen ou John Commons, que tentaram ultrapassar o positivismo econômico mantendo um diálogo com advogados e instituições, focam em questões de distribuição naturalmente inseridas nestes dois domínios⁵³. Consequentemente, eles foram acusados de socialismo e marginalizados pela ortodoxia econômica⁵⁴.

Para advogados, pelo contrário, positivismo significava separação total do domínio do Direito do da moralidade, política, sociedade e tudo o que é considerado “fora” daquilo que as autoridades colocam como lei⁵⁵. Positivismo significava, em termos kelsenianos, uma teoria pura do Direito. Nesta perspectiva economistas foram treinados por seus constantes discursos de política para algo além da ideia de sistema legal puro⁵⁶.

Esta separação de advogados e economistas causou grandes problemas que ficaram muito visíveis quando a crise do óleo de 1970 nos obrigou a repensar algumas prioridades. No lado dos economistas, o Estado de Bem-estar tinha sido construído com pouca atenção ao impacto econômico de suas regulações, assim quando chega a crise do óleo sua sustentabilidade começa a ser criticada com cada vez mais sucesso, particularmente na Inglaterra e nos EUA. No lado dos economistas, as políticas keynesianas, tão cruciais na recuperação da depressão dos anos 30, foram desenvolvidas sem consideração para a estrutura legal de sua implementação, em particular quanto a anatomia das forças da estrutura legal e burocrática capaz de defender, por meio de um complexo padrão de resistência, qualquer macrorreforma.

Consequentemente, enquanto alguns economistas estavam ansiosos para melhor compreender o panorama jurídico, superando assim os custos de décadas de incomunicabilidade, outros economistas, atacando as políticas keynesianas,

⁵³ Mattei, nota supra 1, p. 6-11; veja também Avery Wiener Katz, *Positivism and the Separation of Law and Economics*, 94 Mich. L. Rev. 2229 (1996).

⁵⁴ Veja Mark Blaug, *Economic Theory in Retrospect 700-03* (5th ed. 1997) (discutindo a economia institucional e as contribuições de Veblen e Commons).

⁵⁵ *Ibid.* p. 702-03.

⁵⁶ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law 1* (Max Knight trans., Univ. of Cal. Press 2d ed. 1967) (1934).



estavam conclamando a estrutura legal do direito de propriedade. Aqueles economistas também estudaram o processo político por meio de um modelo da escolha pública como forma de reclamar para a microeconomia o que o keynesianismo havia transferido, provavelmente sem sucesso, na política macroeconômica⁵⁷. Teóricos da escolha pública, monitorando as distorções do processo político (em particular aqueles de legislação e regulação), estavam encontrando seus aliados naturais nos trabalhos iniciais dos apologistas da tradição do *common law*, tal como Richard Posner. Uma aliança desenvolvida em nome da eficiência e objetividade, onde questões de distribuição e justiça, tão cruciais para ambas as análises de Guido Calabresi e o legado realista do *New Deal*, simplesmente foram deixadas para trás⁵⁸.

Law and Economics não teria galgado um papel de dominância mundial se ele não tivesse sido impulsionado, começando nos anos Reagan, por uma plena agenda política e uma indústria real, capaz de inundar de dinheiro qualquer movimento que desse prestígio cultural à desregulamentação e qualquer outra política reacionária daquela época. É prova suficiente observar a recepção morna do movimento *Law and Economics* na Europa para se entender a que ponto os advogados estavam dispostos a resistir o ideal de eficiência em nome de justiça e distribuição⁵⁹. Mas a multiplicação de prestigiosas cátedras de professores de Direito, acompanhadas de repartições e bolsas de pesquisa, tal como na academia dos EUA (a escola de graduação mundial), gerou uma receita certa para o sucesso global⁶⁰.

Com certeza não desejo explicar todo fenômeno político e social como determinado por forças e incentivos. Certamente é verdade, não obstante, que para jovens acadêmicos estadunidenses que graduavam-se no início dos anos 80 era uma escolha profissional muito mais inteligente estudar *Law and Economics* do que,

⁵⁷ Veja id. (“The Pure Theory of Law is a theory of positive law... It is a science of law (jurisprudence), not legal politics.”).

⁵⁸ Macey, nota supra 43.

⁵⁹ Veja Francesco Pulletini, *Quante Analisi Economiche del Diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, 1 *Mercato Concorrenza Regole* 139 (2003).

⁶⁰ Veja R. Cooter & J. Gordley, *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 261, 262 (1991).



digamos, Direito Comparado. Não obstante, existem também outras razões. Na literatura comparada, por exemplo, tem sido apontado que o sucesso de um paradigma acadêmico do Direito é conexo com sua aparente fácil adaptabilidade em diferentes contextos, o que é predominantemente devido a formas mais ou menos marcadas de universalismo. Alan Watson, por exemplo, tem oferecido evidência da larga difusão de compêndios e outros manuais de ensino como as *Institutas de Gaio*, ou os comentários de Blackstone⁶¹. Os mesmos indícios emergem da comparação da taxa de difusão do simplíssimo Código Napoleônico em relação à linguagem tecnicamente sofisticada e complexa do Código Civil Alemão, o *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁶². Mais geralmente, tem sido observado que quanto menos a análise é positivista e específica ao contexto, mais ela circula⁶³; e outras características estéticas do Direito – como autorretratos de alto grau de avanço ou ambiguidade – têm sido utilizadas para explicar a difusão de ideias jurídicas⁶⁴. Muitas destas características servem à análise econômica do Direito. Relativa simplicidade, ambiguidade política⁶⁵, clima de autocongratulação, não positivismo (no sentido jurídico) e universalismo são todas características do *Law and Economics* tal como exportadas pelos “compêndios” como de Posner ou Polinsky⁶⁶.

Historicamente a forma que um novo, politicamente forte, paradigma de pesquisa consegue tomar uma posição de liderança em uma pluralidade de contextos culturais, é geralmente fazendo análises anteriores parecerem obsoletas e primitivas. Por exemplo, exegese francesa tem sido considerada obsoleta há muito

⁶¹ Por exemplo, milhões de dólares foram doados pela Fundação conservadora John Olin para o desenvolvimento dos centros de pesquisa de *Law and Economics* em algumas das mais prestigiosas universidades dos EUA, como Harvard, Yale, e Berkeley. Veja, v.g., Press Release, Harvard Law School, Harvard Law School Receives \$10 Million Grant from John M. Olin Foundation (May 19, 2003), at http://www.law.harvard.edu/news/2003/05/19_olin.php.

⁶² Alan Watson, The Importance of “Nutshells,” 42 Am. J. Comp. L. 1 (1994).

⁶³ Mattei, Why the Wind Changed, nota supra 2, p. 201-03.

⁶⁴ Veja *ibid.* p. 195-96 (colocando “um relacionamento inverso entre a liderança do Direito ocidental e o grau de positivismo e localismo em dada cultura local”).

⁶⁵ Grande, nota supra 23; Anna di Robilant, The Aesthetics of Law, 1 Global Jurist Advances, No. 2, Art. 1 (2001).

⁶⁶ Este aspecto é enfatizado por Duncan Kennedy como chave para entender a difusão de ideias jurídicas: teorias jurídicas e movimentos podem globalizar com sucesso se eles são politicamente ambíguos e, portanto, adaptáveis a novos contextos. Kennedy, Two Globalizations, nota supra 7, p. 634.



tempo por aqueles que subscrevem a muito mais elegante e científica análise alemã-pandectística⁶⁷. Também pode ter sido o caso da “análise social” de inspiração franco-alemã, que foi propagandeada como um passo adiante à civilização em comparação com o anterior individualismo da era Lochner⁶⁸. *Law and Economics* certamente utilizou esta estratégia para dominar um papel mundial ao oferecer um modelo expansivo e universalista que se expressa em inglês (a nova *língua franca*), que mantém um diálogo aberto com economia (a rainha das ciências sociais) e que afirma ser a nova ordem jurídica natural da Era Global. O ordenamento jurídico assim proposto, aquém de ser politicamente legitimado, recebe sua legitimidade e conveniência (*desirability*) das virtudes intrínsecas da eficiência, o único valor capaz de garantir acesso geral ao mercado capitalista mundial.

A análise econômica do Direito, aquém de ser um método de governança carente de uma legitimação como a de qualquer outra ordem legal, tornou-se então a espinha tecnológica do mercado global, algo a ser avaliado apoliticamente, a ser descrito e modificado por outras práticas tecnológicas. Pela primeira vez desde o fim da Guerra Fria financiamento se tornou disponível aos acadêmicos que queriam se tornar os tecnocratas e engenheiros deste sistema apolítico. Com estas presunções qualquer análise acadêmica que ainda considera o Direito como uma instituição política que não pode ser compreendida e descrita em gráficos e números é descartada como obsoleta. Qualquer análise que requer algo além de uma filosofia de governo mínima e reativa é, depois da queda do Muro de Berlim, totalmente fora de moda. O Direito deve criar incentivos para os atores de mercado. Os advogados e políticos talentosos são reprovados por suas sugestões que requerem uma postura expansiva e ativista do governo, ainda menos se ele argumenta por uma redistribuição por taxaço e outras medidas keynesianas obsoletas. O acadêmico de Direito só pode contar com a existência natural de mercados; seu papel é produzir corretos incentivos ao mercado. O exemplo fundamental desta atitude é o festejado modelo de “autocontrole” de reforma corporativa produzida pelo

⁶⁷ Dois dos livros de maior sucesso da “primeira geração” da disciplina são: Posner, *Economic Analysis*, nota supra 42, e A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2d ed. 1989).

⁶⁸ Mattei, *Why the Wind Changed*, nota supra 2, p. 215. Veja em geral Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991).



proeminente pesquisador de Direito Empresarial Bernard Black para a Federação Russa⁶⁹.

4 EXPORTANDO O RACIOCÍNIO DE EFICIÊNCIA: EUROPA COMO CONTEXTO DE RECEPÇÃO

Enquanto seria enormemente exagerado afirmar que *Law and Economics* goza hoje do principal papel de análise, para a academia nos países europeus, podemos, ainda sim, perceber que o raciocínio de eficiência é o principal veículo intelectual usado pela consciência jurídica estadunidense para se difundir e impor sua hegemonia no centro, tanto como na periferia do mundo. Eficiência é de fato a palavra de ordem (*buzzword*) do projeto neoliberal. Ele justifica a maioria das políticas do dito “Consenso de Washington”, da morte do Estado de bem-estar social à privatização, da demissão em massa à tercerização. A mistura expansionista e universalista da análise econômica neoclássica, junto com uma camada profunda de presunções ideológicas que estão inseridas em tal raciocínio econômico estão por trás do sucesso intelectual desta análise do Direito⁷⁰. Uma clara tendenciosidade em favor da eficiência do processo de adjudicação da *common law* promove os tribunais como os atores mais importantes do sistema legal⁷¹. A privatização e reformas estruturais por que passaram as instituições internacionais de governança global fazem do *Law and Economics* uma das mais importantes correntes culturais que difundem presunções tácitas da consciência legal estadunidense⁷².

Law and Economics começa a ser transplantado a contextos europeus⁷³ por meio de uma estrutura organizacional sistemática, a European Association of Law and Economics, que começou suas operações no final dos anos 80⁷⁴. A mais significativa evidência da relevância da análise do *Law and Economics* na Europa é

⁶⁹ Veja Kennedy, Two Globalizations, nota supra 7, p. 649-50.

⁷⁰ Bernard Black & Reinier Kraakman, A Self-Enforcing Model of Corporate Law, 109 Harv. L. Rev. 1911 (1996).

⁷¹ Veja em geral Duncan Kennedy, Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, p. 2 The New Palgrave: A Dictionary of Economics and the Law 465 (Peter Newman ed., 1998).

⁷² Veja Posner, Economic Analysis, nota supra 42, p. 529-51 (comparando a eficiência do ajuizamento no *common law* adjudication com a relativa ineficiência do processo político).

⁷³ Mattei, nota supra 1, p. 226-27.

⁷⁴ Depois, seguindo a liderança europeia, à América Latina, Ásia e a todo o mundo.



não só o crescente número de trabalhos que aparecem em periódicos jurídicos, mas também o crescente número de publicações desta área, como também monografias, periódicos e enciclopédias. Muito mais significativo é que acadêmicos europeus não se autoidentificavam como acólitos do *Law and Economics* – sendo que muitos destes eram os mesmos acadêmicos que ao longo dos anos 80 rejeitaram o raciocínio de eficiência em nome da justiça, a única estrela polar do advogado – e estão agora se tornando mais e mais familiarizados com o jargão geral e as ideias do *Law and Economics*. Muito frequentemente, hoje, o raciocínio de eficiência, em uma forma um tanto simplificada, pode ser encontrado mesmo na mais mundana pesquisa jurídica.

Uma vez transplantadas fora de seu contexto de produção, o *Law and Economics* demonstra um alto nível de ambiguidade que permite que ele floresça⁷⁵. Acadêmicos conservadores admiram sua elegância intelectual; pesquisadores mais progressistas e liberais veem seu potencial em subverter o sabor formalista e normativista da lei local e afirmam que a parcialidade política conservadora é algo que pode ser deixado do outro lado do oceano⁷⁶. Esta resistência inicial pelo *mainstream* da academia jurídica tem sido atacada com sucesso. Como os debates do início dos anos 80 nos Estados Unidos⁷⁷ e na dez anos depois na Europa, *Law and Economics* persuadiu significativo número de acadêmicos e profissionais do Direito de que questões de distribuição são mais adequadamente atacadas por taxaçoão do que por judicialização (*adjudication*)⁷⁸. O raciocínio de eficiência, assim, deveria se tornar a estrela polar da interpretação jurídica. Desta forma, muitos

⁷⁵ Para um histórico da *European Association of Law and Economics*, visite <http://nts4.oec.uni-osnabrueck.de/eale/index.html>. Esta associação, majoritariamente composta de acadêmicos europeus, alguns dos quais são antigos estudantes de Direito estadunidenses, tem conseguido considerável sucesso. Ela gerou uma rede substancial de indivíduos europeus e programas acadêmicos ativos na disciplina, incluindo uma variedade de programas especializados e centros de pesquisa.

⁷⁶ Veja Kennedy, *Two Globalizations*, nota supra 7, p. 633-35 (explicando a ambígua, e portanto adaptável, natureza política dos movimentos jurídicos que tem se globalizado com sucesso no último século).

⁷⁷ Veja Pulitini, nota supra 56 (oferecendo uma avaliação crítica de um antigo acadêmico italiano do *Law and Economics* sobre a oportunidade de considerar um *Law and Economics* do estilo de Chicago e outros tipos de *Law and Economics* como um movimento que possui semelhanças o suficiente para ser abordado com um esquema taxonômico unitário).

⁷⁸ Veja Symposium, *Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives*, 9 J. Legal Stud. 189 (1980); Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 8 Hofstra L. Rev. 485 (1980).



acadêmicos europeus foram atraídos para a *Law and Economics*, e, até quando limitando o seu uso a áreas relativamente seguras como o Direito Privado patrimonial, continuavam a pavimentar o caminho para um modo de pensamento subvertedor da relação tradicional entre Direito e mercado.

O pedigree distinto do *Law and Economics* estadunidense, ainda sim, deixa aberto uma variedade de questões fundamentais que deveriam ser atacadas dentro de um amplo contexto histórico, em que tendências atuais não são aceitas acriticamente e o significado político das especificidades locais é totalmente apreciado. Tal exercício é ainda mais crítico se o *Law and Economics* tenta estabelecer a si mesmo como uma das metodologias fundamentais da nova ordem jurídica mundial. Infelizmente, questões de legitimidade, poder e hegemonia nunca são postas pelos usuários europeus do raciocínio econômico no Direito. Não existe vestígio naquele lado do oceano dos tipos de discussões fundamentais das implicações da análise econômica que no início dos anos 80 (muito antes da *Law and Economics* ser transformado em indústria) foram colocados nos EUA por advogados e filósofos que estavam prontos para confrontar a arrogância intelectual e o simplismo de tantos economistas⁷⁹. Ao contrário, o raciocínio de eficiência é aceito como uma forma de realismo necessário – quando enfrentando tarefas tão difíceis na agenda dos acadêmicos europeus modernos do Direito – quanto a questão da integração do Direito Privado⁸⁰.

Observando os sistemas legais europeus da perspectiva da recepção de ideias estadunidenses tais como raciocínio de eficiência no Direito, demonstra uma maior divisão e maior necessidade de distinguir as diferenças que se esperaria. Muito aparente para ser negligenciado é o grande abismo entre países Latinos e Norte-Europeus, em relação à atitude diante da recepção dos modelos de pensamento inspirados pelos dos EUA. Países do norte, incluindo Alemanha, Holanda, Reino Unido e os países escandinavos, têm incorporado muito da nova atitude estadunidense diante do discurso jurídico, tal como simbolizado pelo *Law and Economics*. Nestes países a assimilação dos modos estadunidenses mais proeminentes de pensamento jurídico, tal como *balancing jurisprudence* (incluindo *Law and Economics*) tem aumentado tremendamente nos últimos dez anos. A

⁷⁹ Veja Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 3-4 (3d ed. 2000).

⁸⁰ Veja Mattei & Monti, nota supra 0, p. 13-14 (oferecendo um sumário destas críticas).



chamada “Nova Cultura Jurídica Europeia”, na maior parte desenhada por acadêmicos dos países do norte, onde o sistema universitário não está em estado de desorganização e os professores de Direito são majoritariamente acadêmicos de tempo integral, ou (alguns deles) políticos, é muito mais similar à cultura jurídica estadunidense do que a europeia tradicional⁸¹. Esta Nova Cultura Jurídica Europeia, dominada pelos acadêmicos do norte que conseguem se expressar em inglês, é a mais influente na criação de lei privada europeia. O resultado de tal recepção Nortista é a atitude tecnológica diante do discurso jurídico, tradicionalmente estrangeiro ao estilo europeu, que legitima a estratégia daqueles que não são politicamente responsabilizáveis (*accountable*), as elites tecno-burocráticas dentro da Comissão Europeia.

Não obstante, a Europa jurídica não é só feita de elites anglófilas do norte. Uma variedade de atitudes de resistência podem ser encontradas também, particularmente nos países latinos do sul que se ressentem de seu status marginalizado no exercício de criação da lei europeia. Tais contraculturas latinas são ocasionalmente criadas simplesmente da incapacidade cultural de participar em discussões politicamente orientadas sobre o Direito, porque seus advogados ainda são produtos de uma cultura altamente formalista e interpretativa. Algumas vezes tais atitudes de resistência se dão pela ainda notável força do “modo social de pensamento do Direito”, que vê o Estado de bem-estar social como sinal de progresso⁸². Esta atitude leva mais ou menos conscientemente à crença de que o modelo neoestadunidense carrega consigo modelos oitocentistas reacionários de capitalismo⁸³. De fato, a primeira resistência contra o *Law and Economics* nos países da Europa do norte foi politicamente motivada pela mesma crença⁸⁴. Tal

⁸¹ Veja Stefan Grundmann & Jules Stuyck, An Academic Green Paper on European Contract Law (2002) (descrevendo a comissão sobre a harmonização do Direito contratual na Europa e argumentos para várias opções que implicam uma pressuposição do raciocínio de eficiência).

⁸² Veja Hesselink, nota supra 25, p. 72-80 (discutindo características da “Nova cultura jurídica europeia”, tal como tendências antiformalistas).

⁸³ Um recente esforço para “evoluir” a dimensão social do Direito, para fazê-lo uma distintiva faceta do modelo europeu de Direito Privado, pode ser encontrado em um manifesto sobre o Direito contratual europeu produzido por um número de acadêmicos de Direito Privado europeu, preocupados com as presentes tendências de raciocínio tecnocrático no Direito Privado. Veja Study Group on Social Justice in European Private Law, 10 Eur. L.J. 653 (2004).

⁸⁴ Interessantemente, importantes “conquistas sociais” da tradição jurídica europeia, tal como a “função social” dos direitos de propriedade, têm sido abandonadas na Carta



resistência foi eventualmente desmantelada. Pode se imaginar se a resistência latina acabará seguindo o mesmo caminho ou se eles se tornarão mais céticos a respeito da ideia de que taxaçoão deve solucionar problemas de distribuição (particularmente depois de duas décadas de redução de taxa para os ricos) em lugar da judicialização.

5 PAROQUIALISMO, REINVENÇÃO DA RODA E O DECLÍNIO DO *LAW AND ECONOMICS*

Recentes acadêmicos nos Estados Unidos apontaram que *Law and Economics* entraram em uma fase pós-moderna e interpretativa, em que seu grandiloquente discurso sobre a natureza do Direito – que busca objetividade – tem sido ultrapassado por uma microestratégia local pautada em pragmatismo⁸⁵. Usando tal estratégia a academia jurídica busca hegemonia e influência sobre outras fontes de Direito estadunidense por meio de uma atitude radicalmente neopragmatista. Tal desenvolvimento crítico tem sido gerado por uma perda de confiança no que anteriormente havia garantido a hegemonia do *Law and Economics* (e economia em geral) dentro de análises pós-realistas à pesquisa jurídica e dentro de outras ciências sociais⁸⁶. A importância desta evolução pode ser vista da perspectiva da legitimidade do discurso jurídico, se se considerar que a busca por objetividade já estava nas raízes do *Legal process school* nos anos 50⁸⁷. Na academia jurídica dos EUA atual o *Law and Economics* foi finalmente deposto de seu trono de objetividade jurídica, necessitando de novas receitas normativas – contingentes e locais – de legitimação para competir contra uma variedade de estratégias políticas.

Não obstante, o valor objetivo e naturalmente desejável da eficiência é ainda uma ideologia poderosa, tão logo se abandona o discurso acadêmico de ponta. A

Europeia de Direitos, de inspiração social. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000 O.J. (C 364) 1, disponível em http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_en.pdf.

⁸⁵ Para uma descrição da primeira recepção do *Law and Economics* na Europa, veja Cooter & Gordley, nota supra 57.

⁸⁶ Minda, nota supra 14, p. 85. Mas veja Stephen M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism* 130 (2000) (notando mudanças recentes na pesquisa do *Law and Economics*, mas argumentando que “*Law and Economics* mantém sua orientação modernista distinta”).

⁸⁷ Veja em geral Cooter, nota supra 18 (discutindo a contribuição do raciocínio de eficiência na pesquisa jurídica).



grande teoria tradicional do *Law and Economics* tem sido ressuscitada com sucesso e implementada por novos todo-poderosos produtores do Direito mundial, aqueles em instituições de governança mundial, tanto pública quanto privadas (a OMC, o Banco Mundial, o FMI, os mega escritórios de advocacia, etc.)⁸⁸. Neste cenário institucional mesmo vivazes debates acadêmicos, ocorrendo em um só lugar (tão hegemônico que seja, como os Estados Unidos) não podem deixar de ser paroquial e ineficaz, porque o verdadeiro impacto do *Law and Economics* agora ultrapassou o domínio da academia para conquistar o domínio da política. Resistência intelectual e críticas arriscam se tornar marginalizadas na academia (muito mais onde decisões políticas são efetivamente realizadas) pela orgulhosa postura tida pelo *mainstream* da academia.

A recepção acrítica do *Law and Economics*, com sua grandiloquente estratégia discursiva baseada na eficiência e objetividade, torna-se assim o aparato ideológico da Autoridade Mundial. Raciocínio de eficiência no Direito está perdendo qualquer potencial como um instrumento acadêmico porque ele legitima como científica as presunções do neoliberalismo dominante. Alternativamente, se a veia pós-moderna do atual *Law and Economics* estadunidense é compreendida por alguém, sua recepção continuará integrada ao pós-modernismo, que é “a lógica que o capital mundial opera”⁸⁹.

Se se olha o sucesso do raciocínio de eficiência no Direito como discutido neste ensaio, encontrar-se-á ao menos três razões fundamentais para isto, tanto no contexto de produção (Estados Unidos) e daquele de recepção (a periferia, incluindo Europa): 1. a capacidade de propiciar uma força crítica capaz de desconstruir tantos mitos da perspectiva estatocêntrica do advogado (quem pode esquecer o impacto da inicial observação que “nossa sociedade não é comprometida a preservar a vida a qualquer custo”)⁹⁰; 2. um roteiro geral para reconstruir o papel e a legitimidade do advogado, enfraquecida pela extremamente realista “escolha pela candura” (“*choice for candor*”); 3. uma atitude intelectual radicalmente não positivista, que permite

⁸⁸ Veja Wechsler, nota supra 32.

⁸⁹ O cenário resultante da ascensão destas instituições tem sido referido como “império” e “poliarquia”. Veja Michael Hardt & Antonio Negri, *Empire* (2000); William I. Robinson, *Promoting Polyarchy: Globalization, U.S. Intervention, and Hegemony* (1996).

⁹⁰ Hardt & Negri, nota supra 86, p. 151.



reflexão sobre o Direito fora das tecnicidades locais, que portanto é facilmente compreensível e adaptável em uma variedade de contextos diferentes.

Começando nos anos 90, depois que o relacionamento entre o mercado e o Direito tem sido subvertido na teoria jurídica estadunidense (hoje é o mercado que governa a lei, não o contrário), os traços acima se transformaram, fazendo o *Law and Economics* muito menos interessante. Como consequência, raciocínio de eficiência no Direito hoje parece imposto por meio de práticas mais ou menos violentas (v.g. empréstimos condicionados) ao invés de ser um modelo prestigioso livremente escolhido por advogados de todo o mundo.

Discutamos agora separadamente estes três pontos.

Como papel do *Law and Economics* de crítica dos modos estabelecidos estatocêntricos de pensamento, existe pouca dúvida que, nesta era global, pensamento único – e com a derrota do Estado, triunfo dos atores empresariais mundiais, o relacionamento entre Estado e mercado foi completamente subvertido. O que um dia foi a noção positivista do Estado onipotente, cujos valores e prioridades, refletidos no Direito, poderiam ser efetivados a qualquer preço (ou sem dar atenção a tais preços), foi tão efetivamente posto em cheque que o Direito se encontra governado pelo mercado ao invés do contrário. *Law and Economics* certamente teve profundo papel intelectual nesta inversão. Afinal, a noção do Direito como um grupo de incentivos ao invés de uma pirâmide de ordens cogentes, uma cenoura ao invés do chicote⁹¹, foi plenamente importante em depor o estatocentrismo de seu anterior status de jurisprudência dominante.

A difusão mundial de tais noções, tal como a competição entre ordenamentos, *soft law*, regras *default*, normas sociais, etc., indicam a fraqueza da tradicional perspectiva estatocêntrica; de tal forma que o que foi antes a mais original contribuição do *The Costs of Accidents* de Guido Calabresi hoje é aceito como verdade *a priori*. Como consequência desta inversão da relação entre o Estado e o mercado o relacionamento entre Direito e mercado também foi subvertido. Não só o Direito se libertou do abraço letal do Estado, mas também a ideia de que o Direito é

⁹¹ Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* 17 (1970) [daqui em diante *Os Custos dos Acidentes*].



produzido por forças do mercado é agora geralmente aceito. Enquanto economistas da escolha pública estavam trabalhando todos os tipos de teorias darwinianas de evolução pelas quais “investimento” em recursos de litigação era visto como produtor de “retornos” em termos de regras de eficiência⁹². Neste cenário subvertido, refletindo seu novo status jurisprudencial, *Law and Economics* oferece pouca perspectiva crítica. Por outro lado, sua análise é autoproclamada como “positiva” ao invés de “normativa”, para que, em virtude de sua autointitulação científica, a análise econômica voluntariamente declina qualquer confrontação política. Em segundo, *Law and Economics* não só indica que o Direito está a venda, mas também que sua venda é “natural” e deveria assim ser. Seus discursos são consequentemente localizados no *mainstream* conservador. Estes discursos ficam afirmando as usuais cínicas platitudes ideológicas, e, como resultado, são pouco atrativas e banais para mentes críticas e inquisitivas. O que eles esperam? O processo político é capturado e ajuizamento reflete investimentos. Ao contrário, *The Costs of accidents* foi uma crítica dos modos de pensamento aceitos e intimamente estatocêntricos, e continha um argumento fortemente normativista em que justiça e distribuição, acrescido a eficiência, afirmava um papel. É assim que a análise de Calabresi tem sido tão atrativa por todo o mundo, subitamente conferindo ao *Law and Economics* uma reputação como movimentocivilizador, capaz de usar eficiência e crítica e de guiar as escolhas em nome da justiça⁹³.

Quanto à capacidade de restaurar a pretensão do advogado à objetividade, observamos como pragmatismo e microestratégias foram substituídas pelos primeiros grandiloquentes discursos. Uma vez que o *Law and Economics* conquistou o status *mainstream* marginalizando todos os argumentos abertamente normativos e redistributivistas, ele transformou a escolha pela candura, típica da jurisprudência realista, em uma escolha mais extrema pelo cinismo. Discursos de distribuição e valores, que nunca haviam sido marginalizados, mesmo no trabalho inicial de Calabresi, e que conferiu uma “face humana” ao movimento *Law and Economics*, foram abandonados. Quem quer que escrevesse sobre a *Law and Economics* nos

⁹² Veja George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. Legal Stud. 65 (1977); Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient?*, 6 J. Legal Stud. 51 (1977).

⁹³ Veja *The Costs of Accidents*, nota supra 88, p. 24-26.



meados da década de 80 na Europa (incluindo este autor), estava preocupado pregando que havia algo além do cinismo econômico de Chicago. A transformação do *Law and Economics* dos EUA para uma indústria organizada que expeliu qualquer preocupação distributiva do núcleo duro da disciplina. Aqueles acadêmicos e advogados que se preocupavam com valores, com a justa distribuição dos recursos, com os problemas de aceitar incondicionalmente o paradigma do *Homo Economicus*, são agora descritos como idealistas sentimentais ou ingênuos estudantes de primeiro ano, simplesmente incapazes de compreender a lógica real de como as coisas funcionam. É claro que não existe muito o que se ganhar, em termos de legitimidade, que as profissões jurídicas cinicamente reconheçam que: 1. regras legais estão a venda; 2. quem investir mais em ajuizamento e legislação (inclusive com a contratação de advogados mais caros e lobistas) irá “naturalmente” se beneficiar dos retornos do investimento vencendo em um processo ou obtendo um ambiente legal amistoso para os negócios. A perda de prestígio da profissão do advogado segue tanto por ser determinada por tendências políticas como por interesses comerciais.

Quanto ao não positivismo, universalismo e adaptabilidade do *Law and Economics* a diferentes contextos, somente podemos observar uma dramática degeneração em tecnicismo e “paroquialismo”. Os primeiros grandes panoramas, e reconstruções teóricas ambiciosas estão sendo substituídas mais e mais por trabalhos incrivelmente tediosos, discutindo interminavelmente, com uso impensado de matemática e gráficos, detalhes irrelevantes sobre as formas de gratificação dos administradores, previsões improváveis do comportamento do júri entre outras ideias similarmente específicas ao contexto, adstritas aos detalhes e inamistosas ao usuário. A desolação cultural da maioria dos trabalhos atualmente circulando nos periódicos profissionais *mainstream* é evidente para qualquer um que galgou a profissão de acadêmico do Direito com um patrimônio cultural normal. Existem um pequeno grupo de bem-relacionados (*insiders*), geralmente repetindo mais ou menos as mesmas coisas em dúzias de trabalhos, constantemente citados em pouco mais que um exercício de cópia e colagem, acompanhado por uma demonstração de ligações da moda com as melhores escolas estadunidenses (*Ivy League Schools*). Não critico a total falta de atenção a qualquer coisa que não venha ocorrer nas escolas de elite dos EUA, como se estas fossem os únicos locais onde se realiza



pesquisa. Mesmo produtos destas instituições de elite são simplesmente ignorados se eles vêm de pessoas não reconhecidas pelo pequeno *mainstream* já mencionado. Pense sobre a falta de comunicação entre *Law and Economics* e *neo-institutional Economics*, cada qual barricado em seu próprio nicho de profissionalismo. Ou pense sobre a terrível ignorância de muito da literatura lidando com normas sociais, nos quais contribuições fundamentais dos antropologistas jurídicos (não quero dizer só na literatura francesa, mas também na anglo-americana) são simplesmente ignorados para depois serem redescobertos. Quando economistas, que não são treinados juridicamente, entram no negócio, as características institucionais do Direito estadunidense – muito superficialmente compreendidos ao longo de três anos de formação em Direito (no melhor caso) ou por rápidas leituras de segunda mão e conversas informais com colegas do Direito – são universalizadas e dadas como corretas⁹⁴. Eles se tornam uma espécie de reflexão do economista sobre o sistema jurídico, em que todas as complexidades e estruturas de poder da vida real do Direito são simplesmente obliteradas. Esta atitude extrai um preço, porque tantas das soluções que são apresentadas como universalmente eficientes são, de fato (se são mesmo), eficientes no ambiente institucional dos Estados Unidos – ele próprio diferente da maioria dos outros. Não demora para o acadêmico estrangeiro capaz de acessar o rico tesouro da pesquisa jurídica profana⁹⁵, e talvez aquela das disciplinas vizinhas, observar que, ao importar o *Law and Economics*, ele pode ter importado um “produto defeutivo”. Depois de suas grandiloquentes promessas iniciais (pelas quais valia a pena lutar), *Law and Economics* tem evoluído a um instrumento paroquial de propaganda de um enraizado *mainstream* intelectual que torna tudo, até cultura, em atributos técnicos. Quando o Direito é tornado uma tecnologia cara deixa de ser produto da cultura⁹⁶.

Acadêmicos estadunidenses do Direito no começo do novo milênio estão eles mesmos experimentando um declínio de prestígio internacional. Sua ideologia jurídica, propagandeada por todo mundo sem atenção ao que está ocorrendo em sua própria casa, é frequentemente produto de uma atitude de boa-fé muitas vezes motivada por justiça (tal como a atitude do movimento internacional dos Direitos

⁹⁴ Desenvolvi este argumento em Mattei, nota supra 1.

⁹⁵ N. do T. *Worldly legal scholarship*: termo de denominação da disciplina de economia.

⁹⁶ Veja Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999).



Humanos). Não obstante, o simplismo que seguiu décadas de liderança intelectual, a atitude foi sempre de falar e nunca escutar, sempre de ensinar e nunca estudar, e o alto grau de paroquialismo tecnocrático começou a cobrar seu preço. Apesar de serem propagados por instituições tais como o Banco Mundial e FMI, os modelos estadunidenses não persuadem os acadêmicos internacionais de ponta em virtude da natureza tecnológica abstrata de seus modelos, sua consequente ingenuidade cultural e incapacidade de levar em conta complexidades locais e diversidade. Acadêmicos internacionais capazes de observações de primeira mão e descrições de fontes locais e parciais, hoje representam o declínio do papel da academia jurídica como um forte e independente fiscalizador do processo político dos EUA. Acadêmicos estadunidenses do Direito ou abandonaram seu pensamento crítico depois do alto grau de cosmopolitismo nas fases iniciais do realismo jurídico, ou, quando se acreditavam críticos, perderam para todo tipo de questionamento político depois de se prenderem em uma variedade de atitudes pós-modernistas. Para compreender a falta de um papel crítico na academia jurídica, observe as centenas de páginas devotadas nos livros estadunidenses sobre processo penal, em respeito à celebração de garantias processuais de devido processo legal no julgamento (na maioria conquista dos *Waren court years*). Infelizmente não se devota atenção para o fato de que só uma pequena minoria dos réus irá a julgamento, e portanto se beneficiar destas garantias⁹⁷. A maioria dos réus, derrotados pelos poderes econômicos e políticos superiores do promotor, fazem acordos⁹⁸.

Experts de Law and Economics demonstram ainda maior lealdade a seu próprio sistema, constantemente tornando a atividade acadêmica de um tipo crítico de controle do processo político em uma forma de propaganda. Considere a abordagem dominante tomada pelos *experts* depois do escândalo Enron. Uma reflexão humilde deste conflito de interesses como uma falha sistêmica do mercado, possivelmente tão difícil de conceituar e devastador para a ideologia de mercado livre quanto externalidades ou monopólios, teria sido necessária. Ao contrário, alguns acadêmicos estavam ocupados criticando o *Sarbanes-Oxley Act*⁹⁹ por

⁹⁷ Elisabetta Grande, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, 48 *Am. J. Comp. L.* 227, 251-52 (2000).

⁹⁸ *Ibid.* Para os resultados escandalosos, veja Jim Dwyer et al., *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches of the Wrongly Convicted* (2000), que detalha os resultados do “*Innocence Project*” de Nova York.

⁹⁹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745.



aumentar as sanções criminais sem considerar a literatura argumentando que multas são um remédio eficiente contra o oportunismo de colarinho branco¹⁰⁰. Outros trabalhos apontaram a rápida e efetiva reação do sistema para dar resposta a uma aberração, afirmando que o surgimento do escândalo foi prova que o mercado poderia curar a si mesmo¹⁰¹. Uma análise que tentasse se beneficiar das críticas do raciocínio de eficiência no Direito observaria como o *Sarbanes-Oxley Act* foi completamente cooptado pelos interesses que ele deveria controlar, e que ele é pouco mais do que uma fachada para mascarar a falta de recursos persistente da *Security Exchange Commission*^{102/103}.

Advogados, como grupo profissional, não vivem em um mundo completamente separado de seu contexto social. É então natural que sua percepção profissional é, ao menos em parte, o produto da percepção social geral. Uma perda de confiança e sentimento de traição do “modelo estadunidense” de *rule of law* são hoje mais difundidos entre elites intelectuais cultas na Europa, da qual advogados são uma parte constituinte. Escândalos tais como Enron, Guantánamo, Abu Ghraib, a “Guerra contra o *Bill of Rights*”¹⁰⁴, ou os centenas de réus, majoritariamente negros, sentados no corredor da morte porque são incapazes de “investir” o suficiente em sua defesa, estão agora rapidamente consumindo o capital residual do prestígio mundial do *Rule of Law* dos Estados Unidos.

CONCLUSÃO

Hegel escreveu que se existe algo que possamos aprender com a história, é que nunca podemos aprender com a história¹⁰⁵. A academia em ciências sociais

¹⁰⁰ Veja, v.g., Geraldine Szott Moohr, An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime, 55 Fla. L. Rev. 937, 943 (2003).

¹⁰¹ Veja, v.g., Larry E. Ribstein, Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 28 J. Corp. L. 1, 3 (2002).

¹⁰² N. do T.: *Security Exchange Commission*, agência reguladora da atividade financeira e securitização, com competências semelhantes a de nosso CADE e Banco Central.

¹⁰³ Cf. Ugo Mattei & Filippo Sartori, Conflitto Continuo. A Un Anno da Enron Negli Stati Uniti e in Europa, 34 *Politica del diritto* 177 (2003).

¹⁰⁴ Veja Nat Hentoff, *The War on the Bill of Rights and the Gathering Resistance* (2003) (discutindo a erosão dos direitos individuais através de ações recentes do governo dos EUA em resposta aos eventos de 11 de setembro de 2001).

¹⁰⁵ Veja em geral Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *The Philosophy of History* (J. Sibree trans., Dover Publ'ns 1956) (1899).



deveria evitar olhar na bola de cristal, porque variantes políticas são muito complexas para serem previstas. Predizer a queda de um movimento acadêmico usando dados derivados de histórias antecedentes de padrões de declínio de prestígio de movimentos acadêmicos no Direito ocidental pode contribuir algo quando o movimento é tão influente quanto o *Law and Economics* é hoje. Não obstante, a observação da parábola do raciocínio de eficiência no Direito, através de perspectiva mundial, pode ser considerado de algum interesse.

Era uma vez em New Haven, Connecticut, onde havia um jovem advogado-economista, cosmopolita em sua formação e crítico em seu espírito. Ele ensinou advogados do mundo todo que nenhum valor, nem mesmo a vida humana, é protegido a todo preço, e que admitir esta realidade poderia nos ajudar a clarificar nossas prioridades. Esta visão produziu o colapso final do positivismo jurídico e abriu um arrojado espaço para a criatividade jurídica imaginar uma organização social melhor, mais justa e eficiente. A recomendação de Calabresi era de que advogados e economistas deveriam trabalhar em conjunto para esta tarefa em comum. Começando nos anos 80 o trabalho interdisciplinar e a união das análises jurídica e econômica se tornou dominante nos EUA. Isto ocorreu quando um programa político, conhecido como Regan-Thatcherismo, estava buscando um esforço final para vencer a Guerra Fria. Desregulamentação, privatização, demissões, terceirização e o desmantelamento do setor de bem-estar foram algumas das estratégias usadas para encontrar a tremenda quantidade de dinheiro necessária para trazer a confrontação militar a um nível impossível para a União Soviética enfrentar. Este programa político foi amistoso com o que pode se chamar de “imperialismo de economia”¹⁰⁶, e que o auxílio econômico que ele pode oferecer causou os aspectos ideológicos da análise econômica (conservadorismo de mercado) a prevalecer rapidamente sobre a genuína tensão de compreensão crítica. *Law and Economics* tem sido transformado em uma indústria dominada por economistas politicamente conservadores. Os modelos produzidos por este movimento têm sido exportados mundialmente por esforços organizados (dentro e fora das instituições acadêmicas dos EUA) e por sua tremenda influência nos programas das instituições financeiras internacionais. Este modelo triunfante, não

¹⁰⁶ Cooter, nota supra 18.



obstante, conflui com aspectos anacrônicos de ambas as análises jurídicas e econômicas, possivelmente porque mentes brilhantes, tanto em Direito quanto economia, acabaram abandonando o campo de estudo, cansados de sua mistura ideológica e simplista¹⁰⁷.

Economistas contribuíram ao *Law and Economics* uma ideologia de individualismo e Direito proprietário que é muito extremo e parcial para refletir qualquer estrutura institucional da vida real¹⁰⁸. Esta ideia, diretamente derivada das concepções oitocentistas de propriedade como uma zona de soberania individual, insulada de intrusão pública ou privada, não pode explicar comportamento oportunista, conflitos de interesse, busca de renda ou muitas das falhas dos mercados e instituições privadas. Individualismo não pode explicar porque o motivo de justiça é muitas vezes mais importante que o motivo de obtenção de lucros como justificativa do comportamento humano¹⁰⁹.

Uma variedade de outras presunções típicas de economia neoclássica, e muitas de suas aplicações monetaristas, tem se subsumido em programas de “reforma estrutural”, sem consideração suficiente das muitas críticas e desafios ao paradigma do *Homo Economicus*, derivado de economistas da escola neoinstitucional: Paul David, Brian Arthur ou Herbert Simon, só nos EUA.

Por outro lado, advogados sofisticados não estão hoje mais presos a uma concepção estática e monística de ordenamento. Por muito tempo, advogados entenderam que a complexidade derivada de uma pluralidade de ordenamentos, tanto público quanto privados, que governam politicamente o relacionamento entre grupos sociais e de indivíduos. Estes advogados não mais acreditam em fórmulas abstratas, em ciência como legitimação, e não mais escondem com números e fórmulas as platitudes cujo único papel é conferir alguma legitimidade a decisões tendenciosamente a favor dos agentes mais fortes do mercado. Estes advogados perceberam que muitas normas não vêm do setor público, mas também sabem que relacionamentos econômicos devem ser governados por uma autoridade efetiva do setor público, efetivamente garantindo oportunidades iguais e cuidando dos

¹⁰⁷ A história intelectual de Calabresi é muito reveladora desta opinião.

¹⁰⁸ Veja Mattei, nota supra 1, p. 56-57.

¹⁰⁹ Veja Nader, nota supra 24, p. 216-17 (declarando que o motivo de justiça é necessário para a “legitimação social do Direito”).



desequilíbrios do poder. Estes advogados compreendem que a maioria das receitas originadas da vertente dominante do *Law and Economics*, e as reformas estruturais inspiradas pelo raciocínio de eficiência no Direito, deixar-nos-ão com as ruínas do setor público quando finalmente acordarmos da embriaguez neoliberal¹¹⁰.

Quando uma análise do Direito perde sua força crítica e meramente legitima um *status quo*; ela trai a função de que no Direito ocidental tem sempre conferido prestígio ao pensamento acadêmico: um forte e independente controle do processo político.

Historicamente, quando tal fenômeno ocorre novos movimentos e ideias tomam um papel principal, expondo as análises acríicas como obsoletas e não merecedoras de admiração. É impossível predizer de onde os novos paradigmas virão e quanto tempo demorará para os antigos serem substituídos. Paradigmas de liderança nunca vieram com respostas simplistas. Sabemos que eles surgiram ao se perguntarem perguntas básicas, tal como sobre o relacionamento entre eficiência e distribuição, como Calabresi propôs há mais de quarenta anos. A esta questão, *Law and Economics* – agora uma indústria – tem negado atenção.

¹¹⁰ Veja Hertz, nota supra 20.