

O QUE RESTA DO ESTADO NACIONAL EM FACE DA INVASÃO DO DISCURSO DA *LAW AND ECONOMICS*

*Alexandre Morais da Rosa**

RESUMO

O artigo procura discutir os impactos do discurso neoliberal em face da noção moderna de soberania.

Palavras-chave: Estado. Neoliberalismo. Soberania.

ABSTRACT

This article discusses the impacts of the neoliberal speech regarding the modern notion of sovereignty.

Keywords: State. Neoliberalism. Sovereignty.

A SOBERANIA REVISTA EM FACE DO NEOLIBERALISMO

A superação da noção de Soberania no contexto do Direito Transnacional implica na releitura de diversas noções herdadas da Modernidade,

* Doutor em Direito; professor adjunto de Processo Penal e do Mestrado em Direito da UFSC; juiz de Direito (SC); membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR. Blog: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com> – email: alexandremoraisdarosa@gmail.com. Excerto constante, em parte, no livro: *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade*. Material: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

especialmente a de Soberania, a saber, do poder de estabelecer as normas jurídicas válidas no território nacional¹, em um ambiente mundializado pela proeminência do condicionante econômico neoliberal. Isto porque, segundo Allard e Garapon: “O Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada.”² Neste contexto e articulando as repercussões do discurso da *Law and Economics*, baseado em Posner³, pretende-se apontar para a necessidade do (re)estabelecimento de um novo sentido e função do campo jurídico no Estado Democrático de Direito⁴.

A magnitude das questões econômicas no mundo atual implica no estabelecimento de novas relações entre campos até então complementares. Direito e Economia, como campos autônomos, sempre dialogaram desde seus pressupostos e características, especificamente nos pontos em que havia demanda recíproca. Entretanto, atualmente, a situação se modificou. Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. Neste pensar a noção de Soberania, diante da Mundialização, precisa ser recolocada.

A clássica noção weberiana de que Estado é “*uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindicava o monopólio do uso legítimo da violência física*”⁵, com as modificações operadas nas duas últimas décadas do século XX, não mais se sustenta⁶. A busca da legitimação do uso da força, embora guarde certa relevância, passou a ser contingente, pois o Mercado, sem rosto, nem bandeira, veio roubar a cena de um mundo globalizado, sem fronteiras. Os desafios daí decorrentes são imensos, pois esta nova cartografia do poder não implica, necessariamente, no estabelecimento de relações entre Estados soberanos, mas se perde em mecanismos mais “brandos” de poder, mediados por um Mercado que não faz barreira, nem respeita, fronteiras, mitigando, por assim dizer, a noção de Soberania. O discurso do Mercado único,

traz consigo, a destruição dos limites simbólicos que representavam as balizas dos Estados Soberanos.

Com efeito, o rompimento com o Estado-Nação implica uma nova relação entre o colonizador e o colonizado. Isto porque não se trata mais da proeminência de um Estado-Nação sobre outro, mas do deslocamento deste lugar para as formas motrizes do Mercado (Conglomerados, Bancos, Multinacionais, etc...) as quais se valem dos “Aparelhos Ideológicos do Mercado” para manter a situação de opressão, naturalizada. Uma metrópole sem rosto, nem etnia, representada pelo capital. Não há ninguém nos comandos justamente porque tal poder não existe, inexiste um Outro do Outro (Lacan, na pena de Zizek⁷). Na última quadra do século passado, todavia, diante do dito “progresso do neoliberalismo”, em nome do pode-tudo-que-quiser-em-nome-da-liberdade operou-se um declínio deste lugar de referência, a saber, a “norma” deixou de ter a função de limitar a satisfação, entregue a um mercado vazio e iluminado de satisfações, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta e tudo passa a ser direito de propriedade, negociado no Grande Mercado globalizado.

Dentro da premissa de que o “mercado” é o melhor mecanismo para uma situação “ótima”, o discurso neoliberal⁸ estipulou, por suas agências, uma agenda de políticas centradas no “crescimento econômico”, modelo típico da modernidade. O conceito de desenvolvimento foi re-significado para se juntar crescimento econômico com progresso técnico, via expansão da produção e acumulação privada de riqueza, pelo aumento dos lucros, a cargo dos mais capazes (ricos), com a redução do *status* dos trabalhadores a consumidores mínimos.⁹ A consequência deste receituário se dá pela paulatina diminuição do gasto público social, aceitando-se a desigualdade como saudável, um custo inerente ao sistema¹⁰. Um dos mitos é o de que o consumo livre dos ricos favorece o crescimento do Mercado, mesmo custando a vida de milhares de sujeitos, tido como custos reflexos do sistema livre. Há muita gente no mundo que não consome, cujos custos de manutenção são altos. Não se os pode matar diretamente, mas os excluir o suficiente para que a as doenças e ausência de comida os matem. O discurso neoliberal não pode dizer sua pretensão latente diretamente.

Deve escamotear, sempre, via discurso manifesto e humanitário. Por isto uma adubação ideológico-midiática anestésica da crítica¹¹, assimilada pelo buraco negro do Mercado e seu direito reflexivo. Assim é que o máximo crescimento econômico andaria junto com o livre mercado¹² e o lucro do capital privado, contracenando com a diminuição dos custos dos trabalhadores e a diminuição dos gastos sociais. Estes verdadeiros dogmas ainda perduram no discurso latente, ainda que no discurso manifesto tenha havido algumas concessões retóricas, principalmente pelo discurso de mitigação da pobreza.

Superada a fase marginal do discurso neoliberal, seus pressupostos foram acolhidos pelos governos de Thatcher e Reagan, no início dos anos 80, implicando na Revolução Neoliberal do Estado, sob a batuta da banca de Bretton Woods (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, este último criado posteriormente),¹³ apontando para a necessidade de ajustes estruturais nos Estados Nacionais (privatização, desregulação dos mercados interno/externo, contenção do gasto público social), rumo ao crescimento econômico alto e sustentável. Sua execução se deu por políticas de estabilização tendentes ao fomento da livre operação dos mercados no plano mundial, dando especial relevo às exportações. A maneira de se conseguir competitividade externa se dá pela diminuição dos custos internos dos agentes de produção (empresas), principalmente nos custos do trabalho (*mero input*) e dos impostos. O deslocamento da avaliação exclusivamente pelos números, no paraíso da estatística, deixa de lado toda a questão social, para se estabelecer num mundo matemático, sem rostos, nem vítimas, mas meras “externalidades”.¹⁴ A pobreza passa a ser uma mera externalidade, um custo do sistema...

Talvez o golpe de mestre do discurso tenha sido o de colocar seus fundamentos ligados à noção de “capitalismo democrático”, a saber, a impossibilidade da democracia sem capitalismo. Com esta bandeira – capitalismo democrático – como único meio de crescimento econômico manipula-se o discurso para se promover, no âmbito mundial, os pressupostos do livre mercado e, após o 11 de setembro, da “ordem mundial”.¹⁵ A “manipulação do medo”¹⁶ passa a ser a pedra de toque do discurso ideológico do mercado livre, apresentando-se com a face “humanitária”. A crise humanitária se manifesta pela pasteurização

e a aparente neutralidade do discurso de Direitos Humanos, a qual funciona como mecanismo da ideologia intervencionista, com interesses latentes e, por básico, diversos do discurso manifesto. O discurso manifesto é o de ajuda humanitária. Mas é o fundamento de uma intervenção capaz de imaginariamente aplacar a culpa e justificar a opressão com a qual, no fundo, se compactua. As intervenções ditas humanitárias escondem os interesses econômicos silenciados no discurso manifesto, como no caso do Iraque,¹⁷ em que o petróleo é bem mais importante do que a pretensa implementação democrática no país. A política humanitária é o lema que faz caminhar a massa composta de “Almas Belas”¹⁸ no caminho de uma finalidade mal-dita, da qual se fazem instrumento. Congrega, sob a mesma bandeira, desde religiosos pseudo-assépticos ideologicamente até desiludidos agnósticos, facistas de direita e revolucionários de esquerda, em nome da “Causa Humanitária”. Este engajamento em nome dos Direitos Humanos, todavia, cobra um preço pouco percebido pela maioria jogada na inautenticidade, para usar a gramática heideggeriana. Este movimento humanitário invoca a necessidade de salvação, suspendendo os limites democráticos, as fronteiras e desloca a noção de Soberania. Serve de instrumento alienado da opressão de um capital que não quer e derruba, incessantemente, as fronteiras nacionais.¹⁹

Acrescente-se que esta revolução neoliberal democrática global²⁰ se desenvolve a partir da construção de um discurso único, sem alternativas, ou seja, do capitalismo vencedor – como se verificou na redação da Constituição Europeia²¹ –, ao qual todos devem se adaptar, sob pena de ineficiência. Por isso, o discurso crítico acaba não encontrando eco por se iludir com o discurso latente, das aparências. É preciso aceitar, pois, que o neoliberalismo é o paradigma englobante²² – hegemônico, diria Gramsci²³ – da sociedade contemporânea com os mais variados efeitos (formais e materiais). A lógica que subjaz ao modelo acaba sendo o custo/benefício (eficiência – maximização de riqueza). Conquanto não se possa falar numa autoridade central, o projeto neoliberal conta com diversas e poderosas agências²⁴ capazes de ditar as regras gerais e abstratas, apontadas por Hayek, como fundamentadoras das ações dos sujeitos e das Instituições. Não se preocupa (diretamente) com as capilaridades sociais, acolhendo uma atuação balizadora das iniciativas e usando

seus mecanismos para impedir ações que estejam em desacordo com suas premissas. Condiciona as ações no campo social por sua “violência simbólica” e ideológica através da eleição do significante eficiência. Este significante tomado do campo da Administração ganhou, no Direito, um sentido colonizado e aferido pelo critério mercadológico de custos/benefícios²⁵.

Cria-se, assim, um novo princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o novo “mercado mundial” as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora tenham um papel fundamental na garantia da “ordem pública”, principalmente na “esfera de controle social”. Assim é que não há mais lugar para o Estado-Nação entregue ao jogo sem regras de uma globalização neoliberal do pensamento único, sem possibilidade de garantir as normas necessárias ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Surge agora um Direito Flutuante, Reflexivo, com pretensão de universalidade²⁶, à mercê do Mercado. Ao Estado, então, é resguardada a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social (crimes, penalização e programas sociais), não sem a intervenção de organismos internacionais, como se verifica atualmente com o terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga. A globalização é complexa, com fatores culturais, jurídicos, sociais, ideológicos e culturais, especialmente econômicos. O mercado mundial unificado implica numa proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgão Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático²⁷; b) Validade das normas internacionais sobre o direito interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico

interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites, em face dos Estados.

Neste sentido, Zizek está certo ao afirmar que a ideologia congrega uma multidão de escravos, a partir do discurso do Senhor, não por uma ilusão, mas por um aspecto de realidade (terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga) escamoteando, todavia, a finalidade latente (ideológica) destes discursos. A “realidade” entendida como os limites simbólicos – construídos – é manipulável. A razão instrumental, portanto, transforma-se no fundamento da própria dominação simbólica. Quanto menos forem manifestos os interesses ideológicos, mais eficazes serão.²⁸ A aparência deste afastamento é o mote para sua eficiência. É somente pela crítica ao sintoma deste velamento, a saber, pelo silêncio, contradições, deslizes, que se pode estabelecer um lugar para o discurso crítico. Isto porque o slogan “liberdade e igualdade” atende aos interesses dos donos do capital. A aceitação sem maiores reflexões de que todos são iguais para contrair obrigações aponta para uma miopia ideológica. Dito de outra forma, em nome da liberdade se esquece das forças reais de poder. Cinicamente, claro. A ordem espontânea pretende que o mercado se construa por si mesmo, esquecendo-se dolosamente que a ordem espontânea não se dá por si mesmo, mas por uma leitura (particular) dela. Uma leitura pré-dada. Enfim, é a legitimação racional da ordem existente, na leitura hegemônica do capital.

Este modelo gera “vítimas” e depois as constata via “Relatórios Mundiais”, para os quais se apressa em apresentar novas (ilusórias) soluções. Enfim, o problema social é antevisto e fomentado para, depois, justificar um novo recrudescimento de controle social,²⁹ na implementação da “doutrina de choque” de que fala Klein. Vale destacar que o “Informe sobre o Desenvolvimento Humano” produzido pelo “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD) e pelo “Banco Mundial” sobre a pobreza, foi a justificativa retórica para o redirecionamento das políticas públicas, agora catalisadas para redução da pobreza, dando azo a uma nova investida de “ajustes estruturais”, ou seja, mitigação de Direitos Fundamentais. A questão social é circunscrita dentro dos limites máximos à estabilização econômica, alterando o critério do modelo do Bem-Estar Social.

Mediante cooperações internacionais (dos Fundos), obriga-se a realização dos ajustamentos estruturais necessários ao modelo neoliberal, no que se denomina de *soft power*, pelo qual a cooptação econômica substitui o *hard power* militar.³⁰ Este *soft power* não apresenta a face do capital, mas a de organismos multilaterais capazes de implementar uma ingerência interna acentuada, ainda que siga silenciosamente o receituário neoliberal. Daí seu efeito deslumbre e assentimento irrefletido de muitos preocupados em ser eficiente. Sob a bandeira do combate à pobreza, implementam-se programas de controle social sob o papel de presente de assistência, sempre transitória. Estes programas sociais normatizantes são focados nos mais pobres, dentro dos limites orçamentários, deixando a extragrande maioria da população excluída.

De outro lado, há uma redução nas despesas estatais com saúde, educação e previdência social, entregues ao capital privado (diretamente,³¹ via Parcerias Público-Privado, concessões ou Organizações Não-Governamentais³² - ONG's). Por fim, divulga-se o combate à corrupção, a criação de Agências Reguladoras e a flexibilização dos contratos de trabalho, dentre outras iniciativas, como medidas dolorosas, mas necessárias ao bom funcionamento do mercado. Apesar deste realinhamento estatal, a ideia do mercado como mecanismo ótimo de auto-resolução de desigualdades permanece inatacado. Este seria, enfim, para os neoliberais, o Estado Eficiente.³³ Assim é que o discurso do desenvolvimento econômico é o principal disfarce do discurso neoliberal, naturalizado como sendo uma das exigências decorrentes da globalização, sem qualquer possibilidade de discussão. Esta estratégia evita o confronto de ideias advindo de um devido embate democrático e gera, no seu cúmulo, o espetáculo contemporâneo do luxo e da pobreza.

O DISCURSO DA *LAW AND ECONOMICS*, VIA POSNER

Denomina-se Análise Econômica do Direito (AED) o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como

precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale. *Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude, dentre outros.³⁴ A Análise Econômica do Direito ganhou fôlego na segunda metade do século passado a partir, fundamentalmente, de três fatores: a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*.

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico. A *Law and Economics* procura analisar estes campos desde duas miradas:³⁵ a) “positiva”: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e bem-estar, cujo critério é econômico de “maximização de riqueza”; e, b) “normativa”: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do Bem-Estar social, cotejando-se as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do Bem-Estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.

Com efeito, o sistema jurídico³⁶ é acusado de ser dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o contractual *enforcement* e o *contractual repudiation*,³⁷ ou seja, de se constituir um obstáculo ao bem-estar do mercado na ótica neoliberal. O custo país, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial. Exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição.³⁸ Isto porque as Constituições da segunda metade do século passado são, em regra, compromissórias³⁹ e voltadas à construção do Estado do Bem-Estar Social mediante o cumprimento de programas de redistribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada (função social, reforma agrária, etc.) e relativização da autonomia da vontade nos contratos (proteção ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas), enfim, buscava a garantia de Direitos Fundamentais. Este indicativo constitucional é apontado como um fator prejudicial, dado que não atrai o capital internacional e, desta forma, implica na estagnação econômica. Em nome do crescimento econômico, então, na perspectiva de fins, indica-se o receituário neoliberal capaz de tornar o país eficiente. Um alto custo para garantia da propriedade e cumprimento dos contratos torna – dizem – o país menos atrativo (custo/benefício). A batizada luta pela “estabilidade econômica”, guindada à condição de “grau zero” (Barthes) implica na manipulação do conceito para que se entenda como uma unidade de desígnios, em nome de todos, apagando as diferenças políticas e sociais. A internacionalização do “mercado sem fronteiras” praticamente obriga uma uniformização judicial dos países baseada no custo/benefício para que se tornem competitivos. O Mercado mundial impõe regras claras em todos os territórios (ainda) nacionais, mitigando a Soberania. Este é um dos fatores do imbricamento entre as tradições do *civil law* com o *common law*.

O estabelecimento de um critério, no caso, a eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado

(ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício).⁴⁰ No âmbito do Sistema Judiciário, este cotejo acontece no registro (i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas dimensões procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso mundializado. De um lado indica ajustes estruturais⁴¹ no Poder Judiciário, inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social.⁴² Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia, no que se pode chamar de “Economização do Direito”.⁴³

De qualquer forma, o estranhamento entre *Law and Economics* com o Direito herdado da Modernidade acontece, de logo, pela ausência de produção legislativa conforme os critérios apontados economicamente. A tensão que se instala é a da revisão do ordenamento jurídico e da mentalidade dos atores jurídicos ao menor custo econômico possível. A resistência a uma total reforma é mais do que sabida, deslocando-se, assim, para estratégias mais eficientes de interferência e colonização. Uma preocupação de redirecionar o sentido histórico (da tradição), a partir de novas coordenadas hermenêuticas e o compromisso inalienável (como se fosse Direito Fundamental) com a “Boa Governança” do Estado e o compromisso (absoluto) com o “Livre Mercado”, esquecendo-se das conquistas democráticas.⁴⁴ Há uma inescandível sedução pelos pressupostos lógico-rationais da Análise Econômica do Direito. A premissa de que todos atuam como sujeitos racionais, capazes, pois, de tomar decisões a partir de um domínio dos atos da vida, gera, no seu cúmulo, a adesão irrefletida aos seus fundamentos, na perspectiva da assunção de um lugar racionalizado, enfim, de encontrar um lugar social e jurídico indicado como sendo apto ao enfrentamento da sociedade contemporânea (complexa e global). Um encantamento sedutor...

que cobra um preço, caro.⁴⁵ A apuração deste preço democrático, para efeito deste ensaio, derivado de um maior⁴⁶, enfrentará, de maneira crítica e direta, o modelo da *Law and Economics*. Será, portanto, uma crítica ao modelo, especialmente a pretensão megalomaniaca de Posner.

A possibilidade de crítica aos fundamentos da AED depende da percepção de que, desde o início, o critério do Sistema é diverso, daí a incomensurabilidade, isto é, a impossibilidade de se fazer uma crítica aos seus pressupostos a partir exclusivamente do Direito. É preciso adentrar-se no campo da Economia. E esta primeira barreira é materializada pela matemática e o desconhecimento dos fundamentos econômicos latentes. O segundo obstáculo pode ser indicado pela tradução do bem-estar econômico como um dogma a ser acolhido pelo Direito. A terceira restrição pode se dar pelo caráter heterodoxo de sua imposição, ou seja, sedutoramente, sem capacidade de reação ao “discurso único”. Com efeito, o discurso neoliberal se apodera do jurídico de maneira instrumental e avassaladora. Isto porque há um inescandível desconhecimento das regras formais do funcionamento do mercado pelo campo do Direito. De regra o ensino da Economia se dá nos limites da “Economia Política” colonizada ou de instrumentos fiscais específicos, tornando o diálogo intersubjetivo (quase) impossível. O resultado é o embate de forças, no qual o discurso econômico prepondera justamente porque no centro do mercado existe apenas um vazio iluminado: o nada. Uma máquina kafkiana sem rosto nem vontade centralizada; é impossível se estabelecer materialmente o modo de seu funcionamento. Daí sua eficácia e dificuldade de compreensão crítica porque o Direito – na versão moderna – pensa equivocadamente numa vontade central: única, coerente e completa. Assim é que um dos equívocos da crítica formulada ao neoliberalismo aconteça pela pretensão de o dominar, na totalidade, pela reflexão racional, a partir de um princípio unificador substancial. O neoliberalismo parte de um princípio formal.⁴⁷ Logo, os discursos críticos acabam sendo de tão pouca eficácia, pois não atacam este significativo.⁴⁸

A proliferação do discurso técnico-econômico implica na – aparente – despolitização do jurídico. As consequências podem se fazer ver na maneira pela qual os conflitos sociais são encaminhados, ou seja, na lógica contratual de custos/benefícios sociais, sem uma vinculação

normativa estrita. Longe de se defender um retorno (saudosista) ao normativismo (positivismo) e sua maneira formalista de compreender o mundo, pretende-se demonstrar como este diálogo opressor e sem “hospitalidade” entre o neoliberalismo sobre o Direito tornou a teoria da decisão judicial um instrumento a ser medido pela “eficiência do provimento”. Para além da resolução dos conflitos (cível) ou caso penal,⁴⁹ percebe-se a colocação da decisão judicial numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em critério do sistema decisório. Esta intrincada relação não se faz tranquilamente, mas ao preço de muita manipulação ideológica (Zizek) e “violência simbólica” (Bourdieu). O jurídico é transformado, assim, numa esfera técnica aparentemente despolitizada. O preço de tal “lugar” é o do desfazimento da Democracia e o do esvaziamento do que se denominou Justiça Social.⁵⁰ O ponto de vista econômico é trazido como um a priori indiscutido, verdadeiro dogma sagrado. A proeminência do discurso economicista é pré-dado; único caminho adequando ao sujeito (dito) racional. Com a introdução do critério rígido da eficiência econômica a resposta está garantida, não obstante seu conteúdo variável no tempo, espaço e contexto. É a tradução do discurso único no campo do Direito.⁵¹

Por outro lado, é no mínimo curioso que o modelo propugnado pelo neoliberalismo, especialmente Hayek, se aproxime, na estrutura, do modelo de Ferrajoli. Tanto Hayek como Ferrajoli fundamentam suas propostas teóricas na impossibilidade de um “Estado Ilimitado”, ou seja, é preciso colocar-se limites democráticos ao Estado. Buscam, para tanto, a contribuição teórica de John Locke.⁵² Defendem, ambos, a existência de Direitos não transferidos para a esfera estatal e que, para usar a gramática de Ferrajoli, encontram-se na “esfera do indecidível”. De sorte que o sistema lógico de ambos é similar. A variação (manipulação) encontra-se justamente nos significantes que darão ensejo a este critério. Enquanto para Ferrajoli se trata de “Direitos Fundamentais”, para Hayek a propriedade privada e a autonomia contratual constituem este limite estatal. Com esta divergência de critério do Sistema, os caminhos “substanciais” restam distintos. Isto demonstra que a modificação do princípio da cadeia do Sistema altera o sentido dos significantes posteriores. Por este motivo pode-se entender porque

Posner insiste tanto na maximização da riqueza como critério da decisão. Os significantes trazidos à colação na cadeia metonímica acabam enleados na trama colonizada. Reside justamente na alteração do significante primeiro uma das possibilidades mais eficazes de resistência. De pouco adianta a discussão crítica posterior se houver aceitação do critério, uma vez que condiciona o sentido.

Anote-se, também, que a Constitucionalização da “esfera privada” tornou a “esfera pública” ampliada⁵³ e gerou um paradoxo. Significou a possibilidade retórica de ingerências estatais no que antes era protegido por Direitos Fundamentais (intimidade, liberdade de expressão, etc.). Os Direitos Fundamentais acabam se tornando desprovidos de suas características e submetidos aos dois únicos Direitos Fundamentais do Mercado: propriedade e liberdade de contratar. Pode-se dizer que há uma “contratualização/privatização neoliberal da esfera pública” ou o que denomina Aroso Linhares como Teoria Horizontal-Pragmática dos Direitos.⁵⁴ A metáfora explicativa – como mito fundante – da Grande Sociedade é reificada no contrato, mas com a ressignificação do sentido, pelo qual os direitos são horizontalmente considerados e valorados para efeito de quantificação e ensejar as trocas no mercado (jurídico). Pode-se negociar tudo, em nome da liberdade. Ao invés de o Estado estipular limites desde uma perspectiva pública, a AED acolhe a mediação formal do mercado e suas autorregras cambiantes, desprezando a “esfera do indecidível”. As normas gerais e abstratas do mercado apontariam à maximização de riqueza, embora com alguma atividade Estatal de mitigação das externalidades. O paroxismo desta liberdade de contratar se deixa ver quando transforma os próprios sujeitos em mercadorias e gera, no seu cúmulo, um grande “Shopping Humano”, onde tudo é comprável, vendável e permutável.⁵⁵

Neste caminho se reconhece que não há salvação transcendente; inexistente um método absoluto, universal, capaz de dar o conforto prometido pela *Law and Economics*. A decisão judicial não confere a verdade anunciada pelo critério, salvo pela fé – que remove retoricamente montanhas –, baseada no mito Divino, da Ciência ou do Mercado que estruturalmente funcionam no mesmo lugar e podem aplacar a angústia, tamponar a falta, dos sujeitos, mas é incapaz de impedir o reco-

nhecimento de seus limites. Por este motivo, Feyerabend⁵⁶ anda com acerto ao aduzir que as metodologias são incapazes de orientar adequadamente as atividades (ditas) científicas e os métodos devem ser vistos como ferramentas, utilizáveis conforme a necessidade, sem que se possa, assim, eleger definitivamente “o método”, dada a “incomensurabilidade” dos paradigmas (Kuhn).⁵⁷ O que resta, pois, é o gume da linguagem e suas artimanhas retóricas, pelas quais apenas se pode cercar, sem nunca prender, a pletora de significantes.⁵⁸ Há limites de sentido nos textos normativos⁵⁹ que são desconsiderados em nome da finalidade maior da *pragmatic adjudication*.

Partindo-se do Mercado como Instituição necessária, mas não suficiente, o pensamento neoliberal reconhece a necessidade da manutenção do Estado, como uma ferramenta de conserto. Não como um agente econômico dirigente, mas garantidor reformado da Instituição maior: o mercado. Assim, desde este ponto de vista, há um caráter acessório do Sistema Jurídico. A sua função é a de reduzir os “ruídos/externalidades” capazes de impedir um utópico “custo zero” de transação. A intervenção do Estado somente é convocada como último recurso. Nesta perspectiva o Estado é reduzido em suas atividades, isto é, passa a ser um Estado Mínimo, permanentemente fixado para além das fronteiras do mercado. O Estado fica no “banco de reservas” sendo convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos em que a força, desde antes legitimada pelo Estado, possa se justificar; fica em posição de espera. A proeminência é a de mecanismos próprios do mercado e/ou privilegiando-se meios privados de resolução de conflitos (ADRs). Assim é que somente nos casos limites é que a convocação do Estado se faria presente, justificando o sacrifício da autorregulação, mediante uma intervenção subsidiária. Consequência disto é a redução das possibilidades de intervenções estatais, sob o fundamento de que os próprios sujeitos – donos do direito de liberdade inalienável – possam buscar por si e no ambiente do mercado, as melhores escolhas.⁶⁰ Somente as condutas lesivas ao ideal funcionamento do mercado poderiam ser implementadas, sempre na perspectiva de o devolver ao seu funcionamento perfeito. O princípio unificador do Sistema é o vazio absoluto do mercado. Qualquer intervenção do Estado precisa estar justificada

por “lesividades mensuráveis” do funcionamento do mercado. Não pode procurar intervir no funcionamento natural do mercado para o efeito de conferir direitos (sociais), na trilha de uma Justiça Social.

Posner,⁶¹ ao se filiar parcialmente ao neopragmatismo, mantém o legado dos clássicos (Pierce, James e Dewey), manipula a herança filosófica para, convocando Benjamin Cardozo,⁶² justificar a intervenção judicial alinhada ao Bem-Estar Social, enjeitando, assim, a tradição ocidental do racionalismo jurídico. O Judiciário seria composto por homens de acordos sobre a decisão correta no campo de uma matriz de verdade diversa. Os textos jurídicos serão ferramentas para escolha da melhor decisão conforme o critério econômico,⁶³ sem que os critérios hermenêuticos lógicos de um Direito, alicerçados em Direitos Fundamentais, possam oferecer a melhor resposta ao mercado. Dito de outra forma, a *Law and Economics* analisa o impacto jurídico na economia desde uma perspectiva interna, não de campos distintos. Implica em analisar as consequências do Direito na estrutura econômica, partindo de conceitos previamente dados sobre a conformação do Direito, de Justiça, de Teoria do Direito, de Moralidade, alterando o que estiver em desconformidade. O cotejo destes elementos é feito diante dos critérios de maximização do sistema econômico em detrimento a qualquer outro, especialmente de Justiça Distributiva. A escolha pela matriz filosófica do pragmatismo decorre justamente do acolhimento da deficiência de fundamentação em nome da finalidade. Posner defende a maximização de riqueza (do valor agregado a todos os bens e serviços, econômicos ou não-econômicos como a melhor justificativa filosófica da atuação do Sistema de Justiça. O valor significa o maior valor a que o que o titular do bem/serviço quer para dele se separar ou o que o não-titular está disposto a pagar para o ter. A riqueza, por sua vez, é o valor total dos bens/serviços (econômicos e não-econômicos) e é eficiente quando potencializada nos usos mais rentáveis, sem distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais. A AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais. Representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental, tencionando encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Esta mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da

eficiência. A manipulação é maior se considerada deste o paradigma da Filosofia da Consciência. Já no caso da Filosofia da Linguagem, acolhida de bom grado neste escrito, o que se dá é a percepção de que os significantes são manipulados para se postarem de maneira diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. É uma forma de interpretar que parte de escolhas ideológicas pré-dadas, indiscutidas e encantadoras. A Justiça equivale ao significante eficiência e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue. Definitivamente.

PARA CONCLUIR

Para terminar: A questão crucial: como reinventar o espaço jurídico-político nacional vinculado à noção de Soberania no contexto da globalização de hoje? Um dos caminhos é o da necessidade de suspender o espaço neutro da lei. A premissa ideológica do Mercado Livre, por seu centro vazio (absolutamente vazio) promove a busca de satisfação dos interesses particulares as quais, no conjunto de ações individuais, seria capaz de garantir um equilíbrio global. Enfim, perdem-se os registros Simbólicos de uma Referência, passando-se tudo ao sabor de um Mercado (re)flexível. O Mercado possui uma dimensão de risco inexorável⁶⁴. Não se pode prever, com segurança, o resultado de um dia de “bolsa de valores” e as repercussões nas vidas das pessoas do mundo inteiro, dadas as repercussões globais. O Mercado, por não possuir (e ser impossível) uma autoridade central, pela ausência de estratégia, acaba regulando a interação de maneira formal. Não raro os (perdidos) sujeitos buscam a redenção, ou segurança, em delírios coletivos, dentre os quais a Religião e as Teorias da Conspiração (da sociedade do risco⁶⁵, da poluição ambiental, do terror, etc.), acabam se constituindo em ilusórios ancoradouros.

Giorgio Agamben aponta que o poder encontra-se na exceção, a saber, na possibilidade de que se exclua a regra de aplicação geral e se promova, para o caso, uma outra decisão. Este poder encontra-se indicado pela estrutura, segundo a qual, existe um lugar autorizado a escolher, o qual encontra-se, ao mesmo tempo, dentro e fora de uma

estrutura jurídica, conforme o pensamento de Carl Schmitt, na interseção entre o jurídico e político. Esta distinção, todavia, entre jurídico e político precisa ser problematizada, não se podendo colocar, em absoluto, incomunicáveis, apesar de ocuparem lugares diversos (Zizek e Werneck Vianna). Neste pensar, segundo Agamben, “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”⁶⁶

Com efeito, a representação simbólica compartilhada da noção de Estado perdeu seu caráter de referência, ou seja, não se trata mais de um centro, sob o qual giram as demais instituições⁶⁷ e pessoas, pois o centro – Estado – foi deslocado e não substituído pelo Mercado, justamente porque suas características, fundadas na liberdade extremada, sem regras, impede qualquer autoridade central⁶⁸. Sem ela, já se sabe, não há limite. E sem limites, não há ilícito, nem ética que se sustente no espaço público. Por isto Boaventura de Souza Santos dirá: “A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade.”⁶⁹ Acrescente-se, de outro vértice, que a fusão “forçada” de tradições jurídicas incrementa esta perda de referentes. A doutrina e jurisprudência de países estrangeiros, acompanhada dos órgãos internacionais, passam a influenciar, cada vez mais, a hermenêutica interna. Os protagonistas do processo decisório se valem de argumentos expendidos noutras tradições para decidir temas internos. A *internet* e as facilidades de pesquisa atuais, acrescidas da difusão acadêmica de algumas teorias, fornecem os meios para que sejam convocadas construções de outras tradições para compor o sentido interno. De uma lado há uma atitude complementar e, por outro, subversão da ordem posta pela inserção de pressupostos filosóficos distintos, como é o caso da *Law and Economics*. Assim é que a noção de soberania como um atributo rígido dentro de um território deixa de ser forte para se transformar num conceito fraco, em que o Estado não consegue mais, por si, sustentar. Neste espaço paradoxal, pois, resta apontar para o limite, dar-se conta do que se passa e, de alguma forma, resistir⁷⁰!

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

Arnaud, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AROSO LINHARES, José Manuel. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a Law & Economics Scholarship. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, pp. 65-178, 2002.

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BADIOU, Alain. **De um desastre obscuro: sobre el fin de la verdad de Estado**. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Archipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Katz, 2008.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **As estruturas sociais da economia**. Trad. Lígia Calapez. Porto: Campo das Letras, 2006.

BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, pp. 91-93.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra. Almedina, 2006.

CARDOZO, Benjamin. N. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da Soberania. IN: BORBA, Paulo Casella. **MERCOSUL: Integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito, 2009.

CHOSMKY, Noam. **A política externa dos Estados Unidos da segunda guerra mundial a 2002**. Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 229-242.

CUNHA MARTINS, Rui. **O método da fronteira**. Coimbra: Almedina, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclée, 2001, p. 9.

EZCURRA, Ana María. **¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente**. Buenos Aires: Lugar, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Caccioli et. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEYRABEND, Paul. **Contra o método**, São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

FRANZONI, Luigi Alberto. **Introduzione all'economia del diritto**. Bologna: Mulino, 2003.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: a personal statement**. Orlando: Harcourt Books, 1990.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e economia: uma introdução ao movimento *law and economics*. **Revista Brasileira de Direito**, n. 2, ano I, pp. 40-55, 2006.

GORDLEY, James. **The enforceability of promises in european contract law**. Princenton: Cambridge University Law, 2001.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. **Império**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.

HAYEK, Friedrich A. Direito, **Legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Trad. Ana Maria Capovilla *et al.* São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Democracia, justicia y socialismo**. Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Union, 2005.

HAYEK, Friedrich A. **Princípios de un orden social liberal**. Tradução de Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo do desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KORNHAUSER, Lewis A. Judicial Organization & Administration; Appel & Supreme Courts. In: **Encyclopedia of Law and Economics** (www.encyclo.findlaw.com).

LEGENDRE, Pierre. **El tajo**: discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia. Trad. Irene Agoff. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Trad. José P. Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Abril, 1973, p. 46.

MACHADO FILHO, Sebastião. Pragmatismo jurídico crítico de Ricard A. Posner e sua análise econômica do direito. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 9, pp. 79-94.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: **Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões**: Trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, pp. 225-238, 1999.

MEAD, Walter Russel. **Poder, terror, paz e guerra**: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de et al. **Direito e Neoliberalismo**: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar.. Curitiba: EdiBEJ, 1996, pp. 67-69.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, n. 06, Porto Alegre, p. 15-34, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-Nação**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003.

_____. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. **Law and legal theory in the UK and USA**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Law and literature**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

POSNER, Richard A. **The little book of plagiarism**. New York: Phatheon, 2007.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003, pp. 24-26.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Trad. Fernando Marques. Lisboa: Mareantes, 2006.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução**. Coimbra. Almedina, 2007.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Ed. Martins 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. O caso Português. Porto: Afrontamento, 1996.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade Europeia: Fontes, Princípios e Procedimentos**. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição consitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES LÓPEZ, Juan. **Análisis económico del derecho: panorama doctrinal**. Madrid: Tecnos, 1987.

VIANNA, Túlio. **A transparência pública, opacidade privada:** o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade do controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIERIA, Liszt. **Argonautas da cidadania.** Rio de Janeiro; Record, 2001

WAINWRIGHT, Hilary. **Uma resposta ao neoliberalismo:** argumentos para uma nova esquerda. Trad. Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

WEBER, Max. **Economia e sociedade.** Brasília: UNB, 1999. v. 2.

ZIZEK, Slavoj. **Las metástasis del goce:** seis ensayos sobre la mujer y la causalidad. Trad. Patricia Wilson. Buenos Aires: Paidós, 2005.

_____. **Mirando al sesgo:** una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular. Trad. Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 2004.

_____. **Visión de paralaje.** Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____. **The univesal exception.** New York: Continuum, 2006.

_____. **Interrogating the real.** New York: Continuum, 2006.

_____. **The indivisible remainder.** New York: Verso Books, 2007.

_____. **Amor sin piedad:** hacia una política de la verdad. Trad. Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004.

_____. **Beinvenidos al desierto de lo Real.** Trad. Cristina Vega Solís. Akal, 2005.

_____. **Arriesgar lo Imposible:** Conversaciones com Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **La revolución blanda.** Buenos Aires: Buenos Aires: Parusia, 2004.

_____. **Irak**: la tetera prestada. Trad. Luis Álvarez-Mayo. Madrid: Lo-sada, 2006.

_____. **Arriesgar lo imposible**: conversaciones com glyn daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004, p. 52.

_____. **Elogio da intolerância**. Lisboa: Relógio D'Água, 2006, pp. 14-16.

_____. **Ideología**: un mapa de la cuestión. Trad. Cecilia Betrame *et al.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOTAS

- 1 BECK, Ulrich. O que é globalização? São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18: "A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização - e isto não apenas em sua dimensão econômica -, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência."
- 2 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 07.
- 3 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003; *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, *Law and Legal Theory in the UK and USA*. New York: Oxford University Press, 1996; *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998; *The Little Book of Plagiarism*. New York: Phattheon, 2007; *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- 4 MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 5 WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. V. 2. Brasília: UNB, 1999.
- 6 Para uma leitura atualizada: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 7 ZIZEK, Slavoj. *Las metástasis del goce: seis ensayos sobre la mujer y la causalidad*. Trad. Patrícia Wilson. Buenos Aires: Paidós, 2005; *Mirando al sesgo: una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular*. Trad. Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 2004; *Visión de paralaje*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006; *The Universal Exception*. New York: Continuum, 2006; *Interrogating the Real*. New York: Continuum, 2006; *The Indivisible Remainder*. New York: Verso Books, 2007; *Amor sin piedad: hacia una política de la verdad*. Trad. Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004; *Beinvenidos al desierto de lo Real*. Trad. Cristina Vega Solís. Akal, 2005; *Arriesgar lo Imposible: Conversaciones com Glyn Daly*. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004; *La Revolución Blanda*. Buenos Aires: Buenos Aires: Parusia, 2004.
- 8 HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Ana Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985;

- Democracia, Justicia y Socialismo. Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Union, 2005; Principios de un orden social liberal. Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001; FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984; FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Free to Choose: a personal statement. Orlando: Harcourt Books, 1990.
- 9 Crítica consistente de: EZCURRA, Ana María. ¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar, 2007.
 - 10 KLEIN, Naomi. A doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo do desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
 - 11 ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995; AVELÂS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; WAINWRIGHT, Hilary. Uma resposta ao neoliberalismo: argumentos para uma nova esquerda. Trad. Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e sua conexões: trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, pp. 225-238, 1999; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (et alii). Curitiba: EdiBEJ, 1996, pp. 67-69.
 - 12 CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 229-242.
 - 13 BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, pp. 91-93.
 - 14 LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito. Trad. José P. Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.
 - 15 Chosmky, Noam. A Política Externa dos Estados Unidos da Segunda Guerra Mundial a 2002. Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.
 - 16 Com a utilização ideológica do sistema de controle social e com o fim da guerra fria, o inimigo externo, então representando pelo Bloco Socialista, é astutamente substituído pelo “terrorista”, com a face de qualquer um que resista...
 - 17 Esta nova missão “democrática” é o argumento para a intervenção nos demais países. O exemplo palmar é o Iraque. A política do EUA de “a nossa democracia para todos” encontra estabilidade e assentimento de Republicanos e Democratas. Logo, é de longo prazo. Dar-se conta disto é fundamental... ZIZEK, Slavoj. Irak: la tetera prestada. Trad. Luis Álvarez-Mayo. Madrid: Losada, 2006.
 - 18 ZIZEK, Slavoj. Arriesgar lo Imposible: Conversaciones com Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004, p. 52. O argumento de Zizek é o que de se “te metes em política é preciso uma certa dose de pragmatismo e crueldade, para que o projeto se realize.” Não há pureza possível. Zizek critica os acadêmicos liberais – almas belas – que deixam que os executores façam o trabalho sujo, pois admira gente que assume suas posturas e admite executar o trabalho sujo. Aí reside a assunção de uma responsabilidade pelos atos perdida no âmbito das sociedades descompromissadas, da plena liberdade. O poder faz vítimas, sempre.
 - 19 CUNHA MARTINS, Rui. O método da fronteira. Coimbra: Almedina, 2008; ZIZEK, Slavoj. Elogio da Intolerância. Lisboa: Relógio D’Água, 2006, pp. 14-16.
 - 20 MEAD, Walter Russel. Poder, terror, paz e guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
 - 21 AVELÂS NUNES, António José. A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 63-118.
 - 22 Inclusive religiosa, bastando conferir a encíclica “Centesimus Annus”, do Papa João Paulo II.
 - 23 GRAMSCI, Antônio. Cadernos do Cárcere. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
 - 24 Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Programas Mundiais. Tudo articulado em face das orientações históricas e tradicionais: “Bretton Woods”, “Consenso de Washington”, etc.

- 25 MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.
- 26 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na Mundialização: ..., p. 39: "No campo econômico e comercial, não é uma ilusão esperar que, um dia, venha a emergir um direito global. E já isso que, em parte, ocorre, por exemplo, com a Convenção de Viena sobre as transações, que são aplicadas por um grande número de países."
- 27 BAUMAN, Zygmunt. Archipiélago de excepciones. Buenos Aires: Katz, 2008. Os mecanismos democráticos de deliberação restam superados por decisões que refogem ao espaço democrático, a saber, são tomadas pelo Mercado e suas corporações, sem que os concernidos possam tomar um lugar no feudo de deliberação.
- 28 ZIZEK, Slavoj. Ideología: Un mapa de la cuestión. Trad. Cecilia Betrame et alii. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 15: "La lógica de la legitimación de la relación de dominación debe permanecer oculta para ser efectiva. En otras palabras, el punto de partida de la crítica de la ideología debe ser el reconocimiento pleno del hecho de que es muy fácil mentir con el ropaje de la verdad. (...) La forma más notable de 'mentir con el ropaje de la verdad' hoy es el cinismo: con una franqueza cautivadora, uno 'admite todo' sin que este pleno reconocimiento de nuestros intereses de poder nos impida en absoluto continuar detrás de estos intereses. La fórmula del cinismo ya no es la marxiana clásica 'ellos no lo saben, pero lo están haciendo'; es, en cambio, 'ellos saben muy bien lo que está haciendo, y lo hacen de todos modos'."
- 29 VIANNA, Túlio. A Transparência Pública, Opacidade Privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade do controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- 30 ZIZEK, Slavoj. La Revolución Blanda. Buenos Aires: Parusia, 2004.
- 31 Interessante que as responsabilidades pela criação de filhos, da velhice, da aposentadoria, dentre outras, são recolocadas como responsabilidade familiar. Com isto, surgem os discursos de previdência privada, planos de saúde, enfim, toda uma gama de atendimentos de assistência social dos quais o Estado se retira em nome da liberdade dos sujeitos e seus núcleos de auxílio privados. Implica, pois, na rejeição do Estado do Bem-Estar Social. Os que não conseguirem meios, pois, estarão fadados, por suas escolhas e (in)competências singulares, ao (des)alento.
- 32 CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil. Florianópolis: Conceito, 2009.
- 33 EZCURRA, Ana María. ¿Qué es el Neoliberalismo?..., pp. 64-65: "Los gobiernos no gobiernan, sino que gerencian políticas de paternidade internacional. Y el papel de los partidos sería unicamente legitimarlas. (...) Em suma, las políticas fundamentales, atinentes a los modelos domésticos de sociedad, no son dispuestas ni por los ciudadanos, ni por los partidos, ni por los gobiernos latinoamericanos. Así pues, la estructura del poder internacional ciñe la gama de decisiones al alcance de los sistemas políticos locales y, con ello, la soberanía nacional y ciudadana. La democracia, tan exaltada por el neoconservadorismo-liberal, queda en entredicho."
- 34 STEPHEN, Frank H. Teoria econômica do direito. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993; MERCADO PACHECO, Pedro. El analisis economico del derecho. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994. FRANZONI, Luigi Alberto. Introduzione all'economia del diritto. Bologna: Mulino, 2003; TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal. Madrid: Tecnos, 1987; POLINSKY A., Mitchell. Introducción al análisis económico del derecho. Barcelona: Ariel, 1983; RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: uma introdução. Coimbra. Almedina, 2007; BOURDIEU, Pierre. As estruturas sociais da economia. Trad. Lígia Calapez. Porto: Campo das Letras, 2006.
- 35 POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. New York: Aspen, 2003, pp. 24-26.
- 36 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- 37 GORDLEY, James. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Princenton: Cambridge University Law, 2001.

- 38 AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 63-118: "Salienta-se desde logo o facto de a CE considerar 'liberdades fundamentais' não aquelas que em regra integram o núcleo dos direitos, liberdades e garantias, mas antes 'a livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais, bem como a liberdade de estabelecimento'. Estas são as liberdades do (grande) capital (sobretudo o capital financeiro)." (...) "Mas os autores desta 'Constituição', que decidiram não fazer referência ao deus dos cristãos, escolheram outro Deus omnipresente, que pretendem impor aos cidadãos dos países da EU, um deus que deve ser venerado acima de tudo, um deus que tudo resolve, ainda que à custa de 'sacrifícios humanos': o deus-mercado." (...) "É o fim da política, a morte da política económica, o reinado do deus-mercado, enquanto ordem natural, espontânea, que tudo resolve, acima dos interesses, acima das classes, para lá do justo e do injusto, como defendem os monetaristas mais radicais (ou mais coerentes) e todos os defensores da libertação da sociedade civil."
- 39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Consitucional e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001; CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- 40 A relação custo/benefício estabelece em termos monetários o coeficiente da ação do ponto de vista do paradigma. A questão, antecipa-se, está nos critérios para o estabelecimento destes custos; critérios, não só no aspecto qualitativo, como também espaço/temporal.
- 41 KORNHAUSER, Lewis A. Judicial Organnization & Administration; Appel & Supreme Courts. In: Encyclopedia of Law and Economics (www.encyclo.findlaw.com); CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 144.
- 42 AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício: um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, pp. 65-178, 2002, p. 68. "E assim a enfrentar a relação complexa que vincula a jurisdictio enquanto estrutura à jurisdictio enquanto intenção (material) de realização... e ambas (ainda que porventura em planos distintos) às expectativas (e exigências) de uma juridicidade autónoma."
- 43 AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício: um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, pp. 65-178, 2002, p. 89: "Uma estratégia global, insista-se, capaz assim mesmo de se projectar numa especificação táctica racionalmente sustentada (iluminada pela ordem de fins, macroscopicamente inteligível decidida pela primeira). Porque outro é certamente o problema dos comportamentos estratégicos individuais. (...) Só estaremos em condições de reconstituir a prática judicial como uma pragmática determinada (entre outros objectivos-goals) pela finalidade da wealth maximization se pudermos autonomizar um plano de relevância que permaneça imune aos comportamentos estratégicos dos operadores envolvidos."
- 44 CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 325-334. "Como se sabe, trata-se de um conceito gerado no âmbito da economia e política do desenvolvimento e que, nos tempos mais recentes, adquiriu direitos de cidade no contexto das ciências sociais. (...) Good governance significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. (...) Em segundo lugar, a good governance acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a 'boa governança' recupera algumas dimensões do New Public Management como mecanismo de articulação de parcerias públi-

- co-privadas, mas sem enfatização unilateral das dimensões econômicas. Por último, a good governance insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (accountability) e da legitimação.” Todavia, (...) “Fica também calro que a ‘good governance’ não pode consistir numa simples política de alocação de recursos e de boas práticas orçamentais, se necessário autoritariamente impostas, com desprezo dos direitos fundamentais humanos e dos princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Compreende-se, assim, os esforços de uma significativa parte da doutrina na firme elevação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a pré-condição básica de qualquer boa governação contra as tentativas de, a partir de teorias da ingovernabilidade, legitimar uma qualquer ‘metagovernação’ ancorada na violência, na ideologia e nos interesses.”
- 45 MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), n. 06, pp. 15-34, 2008.
- 46 MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 47 HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade..., v. I, p. 40.
- 48 DUSSEL, Enrique. Hacia una Filosofía Política Crítica. Bilbao: Desclee, 2001, p. 9.
- 49 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1998. Não se pode equipara lide com «caso penal» por se tratarem de registros diversos. O processo penal, entendido como Direito Fundamental, não pode ser renunciado, negociado, enfim, não pode ser tratado como um direito disponível. A *Law and Economics*, por suas noções, aterra a distinção, proporcionando a livre negociação, como se mercado fosse, da pena. E isto é insustentável. Neste escrito não se abordará a questão penal. Entende-se que ela demanda a construção de outros alicerces de crítica. O que se pode dizer, com certeza, é que a *Law and Economics* possui uma concepção de Direito e Processo Penal anti-democrática, pois desconsidera os Direitos Fundamentais.
- 50 AVELÁS NUNES, Antônio José. Neoliberalismo e Direitos Humanos..., p. 118.
- 51 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia. Uma introdução ao Movimento Law and Economics. Revista Brasileira de Direito, n. 2, ano I, pp. 40-55, 2006: “O movimento direito e economia, em contrapartida, vincula-se ao neoliberalismo, do qual é porta-voz forense, e cujos ideais de eficiência defende. (...) Para Posner, a importância da toga, se não utilizada para realizar os objetivos econômicos da sociedade, reveste-se de um nada absoluto, e isso é muito mais do que mero oxímoro.”
- 52 LOCKE, John. Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Abril, 1973, p. 46.
- 53 O discurso da constitucionalização das demais esferas do direito acaba sendo um tiro que saiu pela culatra. Com a justificativa de interesse público generalizado e ampliação do espectro constitucional, tudo passa a justificar a necessidade de intervenção para realinhamento às regras do mercado.
- 54 AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício..., p. 161.
- 55 O sintoma disto pode ser visto quando se defende a venda de órgãos humanos, de crianças no caso de adoção, a liberação da droga, enfim, uma série de pontos cujo único critério é o econômico e os seres humanos rebaixados à condição de simples mercadorias. A própria honra e a dignidade são cotadas nas diversas indenizações de danos (ditos) morais...
- 56 FEYRABEND, Paul. Contra o método...
- 57 RORTY, Richard. Pragmatismo..., p. 166: “Outra coisa é dizer, corretamente, que não há um terreno neutro e comum no qual um filósofo nazista e eu possamos nos encontrar e discutir nossas diferenças. Aos olhos desse nazista, eu sempre parecerei estar fugindo da discussão das questões cruciais, argumentando em círculos. Aos meus olhos, ele parecerá estar fazendo a mesma coisa.” O exemplo pode ser aplicável aqui. Um adepto da AED pode fazer a mesma crítica e vice-versa.
- 58 MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

- 59 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). Diálogos Constitucionais..., p. 229 "As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem a capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram os infundáveis exemplos. Há, sem embargo, um conteúdo na lei, que se não pode ignorar."
- 60 CARTER, Lief. H. Derecho constitucional contemporaneo: la Suprema Corte y el arte de la política. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 181: "En esta perspectiva, la política debe conferir 'derechos' a aquellos que podrian ganarlos de todas formas en la competencia privada, y concentrarse en minimizar los costos de las transacciones en negocios privados e en facilitar la compensación social."
- 61 POSNER, Richard A. Overcoming Law..., pp. 394-396.
- 62 CARDOZO, Benjamin. N. A natureza do processo judicial. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- 63 MACHADO FILHO, Sebastião. Pragmatismo jurídico crítico de Ricard A. Posner e sua análise econômica do direito. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série n. 9, Brasília, pp. 79-94: "A interpretação dos textos legais não é um exercício de lógica, e seus limites são tão elásticos que põem em dúvida a utilidade dos conceitos. Os pragmatistas indagarão qual das possíveis soluções produzirá as melhores consequências, uma vez reconhecida a dificuldade da problemática natureza da interpretação das leis. (...) De outro lado, é improvável que um juiz pragmatista se comova com considerações sentimentais, como piedade, ou com tradições morais. Mas é sempre admissível que pelos menos alguma parte do discurso do formalismo legal – no que concerne à preocupação com uma rigorosa adesão aos precedentes judiciais – seja considerada como o melhor guia para a prolação da decisão judicial."
- 64 FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999; HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. Império. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001; VIERIA, Liszt. Argonautas da Cidadania. Rio de Janeiro; Record, 2001; Arnaud, André-Jean. Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; OHMAE, Kenichi. O fim do Estado-Nação. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999; RANCIÈRE, Jacques. O ódio à Democracia. Trad. Fernando Marques. Lisboa: Mareantes, 2006; FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. Trad. Carlo Coccioli et. São Paulo: Martins Fontes, 2002; SILVA, Karine de Souza. Direito da Comunidade Europeia: Fontes, Princípios e Procedimentos. Ijuí: UNIJUÍ, 2005; LEGENDRE, Pierre. El Tajo: discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia. Trad. Irene Agoff. Buenos Aires: Amorrortu, 2008; SPENGLER, Fabiana Marion. Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 65 O problema da crítica da sociedade do risco é que mantém o estatuto do sujeito da Modernidade, a saber, o da plena racionalidade, capaz de escolher e decidir ponderadamente sobre as suas ações.
- 66 AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.
- 67 BADIOU, Alain. De um desastre obscuro: sobre el fin de la verdad de Estado. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
- 68 CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da Soberania. IN: BORBA, Paulo Casella. MERCOSUL: Integração Regional e Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291: "relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que influem nas sociedades e revelam que nenhum Estado é uma totalidade auto-suficiente."
- 69 SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso Português. Porto: Afrontamento, 1996, p. 29.
- 70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2. ed., p. XXX.

Artigo Recebido em: 10/02/2011

Aprovado para publicação em: 17/02/2011