

## O DIREITO E A *LAW AND ECONOMICS*: POSSIBILIDADE INTERDISCIPLINAR NA CONTEMPORÂNEA TEORIA GERAL DO DIREITO

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES\*  
JOANA STELZER\*\*

### RESUMO

O artigo aborda a temática da Teoria Geral do Direito a partir da perspectiva econômica, destacando a *eficiência* como instrumental teórico-analítico para o Direito, perpassando a possibilidade de *alteridade* inclusora e concluindo pelo PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL-PESS. Destarte, descortinam-se os diversos enfoques dados ao Direito pelo Econômico, bases e precursores teóricos, com especial ênfase, para o trabalho do pensador Richard A. Posner intitulado *Economic Analysis of Law*, destacando a utilização das máximas da Escola jurídica *Law and Economics* na *Civil Law*.

Diuturnamente o homem tem, diante de si, inafastáveis situações que requerem imediatas e adequadas decisões, indelevelmente, influentes em sua vida e na dos demais indivíduos. Tal afirmativa é alicerçada pela necessária constatação de que os direitos e deveres advindos da tomada de decisão individual são, em verdade, interesses recíprocos se verificada a necessária convivência em sociedade. Destarte, o direito de um, pressupõe o dever de outro, ou, ainda, o direito de alguém pode concorrer com o direito de outrem, na medida em que se supera a estrita visão impositiva de condições legais

---

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí/S.P.; Graduado em Ciências Econômicas pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG/R.S.; Especialista em Administração Universitária pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG/R.S.; Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no Mercosul pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG/R.S.; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/S.C.; Doutor em Direito, na área de Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/M.G.; *Doctor em Derecho*, *area de Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* – UBA/ Bs. As. – Argentina; Professor de Direito Constitucional e de Direito Econômico na Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG/R.S.; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos – CEJE do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal do Rio Grande - FURG/R.S.; Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG/R.S.

\*\* Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/S.P.; Graduada em Administração com Habilitação em Comércio Exterior pela Universidade Paulista – UNIP/S.P.; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/S.C.; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/S.C.; Professora de Direito Internacional Público pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/S.C.; Professora de Relações Sociais Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/S.C.; Professora Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Sócio-Econômicas (NUPESE/CECIESA/UNIVALI); Professora do Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI/S.C.

pré-estabelecidas e, percebendo-se a reciprocidade entre os motivadores da ação das partes de possível conflito, procura-se a eficiente negociação dos interesses colimados.

Por ora, o que se questiona trata da escolha de interesses que devem ser protegidos pela lei ou, ainda, como esta lei – *civil law*, deve adjudicar determinado valor em detrimento de outro; mormente, se considerado que referido valor decorre, também e em grande parte, ainda que não exclusivamente, de escala quantitativa verificável em mercado; portanto, proveniente da superação do problema econômico da escassez. Defende-se, pois, manancial teórico de estupenda utilidade quanto à difícil, porém, inevitável tomada de posição ante os mais diversos questionamentos do viver. Trata-se da descoberta e aplicação de inovadora forma de analisar o problema jurídico segundo método próprio ao exercício da vontade, seja normativa, quando da elaboração da norma e uso funcional do Direito, seja positivista, na verificação real do fenômeno social e prospecção de futuras possibilidades fenomenológicas. Procura-se, em verdade, a real possibilidade de ser elaborada nova Teoria Geral do Direito e de se aplicar metodologia que permita a *escolha*, dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do Direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social.

Hodiernamente, presencia-se forte questionamento popular sobre a atuação dos Poderes Estatais no que diz respeito a sua eficiência na solução das lides e na elaboração e aplicação do Direito que, também, se vê questionado. Diversas dúvidas estão a atormentar a sociedade a saber: O que esperar do Direito, hoje? Qual a perspectiva inovadora pode reciclar o instituído? Como não se rebelar contra o *sensu comum teórico dos operadores jurídicos* que, em meio a ideais distintos de justiça e ao nefasto formalismo que desconsidera o mérito em detrimento da forma, se perde em busca da resposta que parece não querer perceber? Deve-se falar da *morte do Direito* e do enfraquecimento do Estado?

Salvo melhor juízo, o modelo jurídico puro kelseniano já não corresponde às necessidades sociais, ao mesmo tempo em que se tem, por reprovável, levantar bandeiras extremistas desacreditando-se as instituições, os sistemas jurídicos e idealizando-se sociedades perfeitas à margem do concretamente possível e, mesmo, do legal-instituído que se faz substituir por fetiches ideológicos e manipuladores da real vontade popular.

Certamente, a guiar solução intermédia, acredita-se, está a necessária pesquisa e a inovação em favor de Direito possibilitador da transigência e negociação entre possuidores e despossuídos, incluídos e excluídos, jurisdicionados e não jurisdicionados, enfim, entre todos que podem ter acesso à justiça não como ideal inalcançável, mas como solução instrumentalizadora do real e possível para a tomada de decisão pragmática e eficiente, porém, ainda, socialmente inclusora e adequada ao desenvolvimento sustentável. Esse é o Direito que, inevitavelmente, acompanha a fenomenologia, conforme à ideologia político-social-econômica adotada para o Estado, servindo como instrumento capaz de ouvir a voz de todos na solução de seus conflitos e, para o

reconhecimento de seus direitos e garantias, considerando a pluralidade de uma sociedade que não se pode ver submetida ao individual ineficiente e ao casuísmo das arbitrariedades.

A Ordem Normativa Brasileira e, em especial, o Direito Econômico ameaçados pelos mandos e desmandos do poder político, devem pois, ser apreciados segundo critério analítico inerente à própria Teoria Geral do Direito ou segundo método interpretativo que revele as possibilidades reais de solução das lides jurídicas, até mesmo, aclarando a dicotomia entre o Direito e a Economia na busca da necessária governabilidade técnico-racional maximizadora de resultados e da defesa da prática técnico-legal-formalista defensora dos direitos individuais.

A crise do Estado intervencionista ou *Welfare-State* contribuiu para que fossem discutidos pontos de estrangulamento do sistema como um todo, procurando-se alternativas que viabilizassem as instituições dentro de contexto social carente de soluções para os conflitos sociais.

Nos Estados Unidos da América, até os anos trinta, a intervenção estatal na Ordem Econômica – de mercado – era tida como extraordinária; após, especificamente depois de 1933, com a instalação do *New Deal*, o intervencionismo passou a ser a prática estatal e, em decorrência disso, surgiu movimento questionador dos valores sagrados do Direito norte-americano denominado *Realismo Jurídico*, que, por sua vês, fez abandonar o estreito caminho da jurisprudência não questionada, fonte de insegurança dos julgados<sup>1</sup>. Apresentaram-se, ainda, como opções para o entendimento do Direito; a visão construcionista e de resposta ao Realismo Jurídico norte-americano, em busca de novo linguajar justificador da práxis econômica e seu discurso. Ocorreu, desta forma, espécie de transição entre o velho Direito Econômico e o novo Direito e Economia. A teoria da doutrina *Law and Economics* - LaE, segundo Richard Posner, está exposta no seu livro *Economic Analysis of law* (1977) e surgiu nos EUA na década de cinquenta com Guido Calabresi e sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* e com Ronald Coase em seu artigo *The Problem of Social Cost*.<sup>2</sup> Enquanto o velho Direito Econômico cuidava das legislações Antitruste, de política fiscal e outras de caráter macroeconômico, o novo Direito e Economia - *Law and Economics* - LaE, tratou de aplicar as premissas básicas da Microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou

<sup>1</sup>Bruce A. Ackerman relata a evolução do Direito norte-americano - *Common Law* - que, oriundo de um Estado não intervencionista, a partir de 1933, chegou ao legado realista em que o Direito perdeu sua generalização, criando-se jurisprudência diversificada e tão somente conforme ao juiz da causa. Após este instante perigoso para a segurança jurídica, verificou-se o chamado reconstrutivismo do Direito que ainda é, segundo Ackerman, discurso retórico de poder. Para maiores informações a respeito do momento inerente ao desenvolvimento do Realismo Jurídico norte-americano e surgimento do pós-realismo-construtivista em que, inclusive, a LaE resulta; ver *in* ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel. 1988. p.17.

<sup>2</sup>Guido Calabresi in *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L.J. 499(1961) e Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*. 3J. Law & Econ. 1 (1960).

ligados às políticas econômicas, tais como, *Property Rights, Law of Torts e Contract Law*, além, é claro, dos demais ramos do Direito norte-americano. Richard A. Posner<sup>3</sup> foi pioneiro ao empregar a Teoria Econômica para análise de ramos do Direito como Família, Propriedade, Contratos, Reparação de Ilícitos Cíveis, Penal e Constitucional, dentre outros.

O movimento alternativo ao Direito norte-americano instituído difundiu-se nas melhores *Law Schools* dos Estados Unidos e, ainda em contexto político-econômico-social globalizante e neoliberal, prospera no entendimento e aplicação quanto à *Civil Law* em Países Europeus e, mais recentemente, em Países como a Argentina e o Brasil.

A luz da LaE, intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos.

A LaE foi inserida no estudo do Direito, no final da década de sessenta e faz, hoje, questionar senão, como última substância do Direito, sua racionalidade econômica; pelo menos, apresentando surpreendente capacidade metodológica para a análise do fenômeno jurídico, propiciando-lhe método seguro de avaliação das diversas situações, evitados os desconfortos da política e da aleatoriedade na escolha de critérios de justiça. Em última análise, ao se questionar a LaE, se está a fazê-lo em relação ao próprio conceito de Direito para a solução da lide ou do fenômeno social presente e concreto em que os ideais de justiça não se apresentam compatíveis à realidade do legislador e do jurista. Em assim sendo, resta, ao homem, apropriar-se do ideário de justiça da forma mais abrangente e isenta possível.

No caso da *Civil Law*, o legislador arvora-se, legitimado pelo seu mandato na Casa Legislativa a ditar o *prius* jurídico que, por curiosidade, apesar do ideário *ad eternum* de Justiça, modifica-se, ocasionalmente, segundo o sabor das conveniências políticas. Por outro lado, apropriar o ideal de justiça em função da manutenção de mínima condição de equidade pode levar, o magistrado, a agir conforme adágio romano em que ao *máximo direito corresponde a máxima injustiça*.

Os pensadores racionalistas da LaE e das *Economic Scholls* adotam critério criador e analítico-interpretativo da lei característico da economia de mercado capitalista. De fato, a LaE, antes de tudo, é opção de critério de justiça, assumindo sua origem dentro do próprio sistema sócio-econômico, para resolver problemas que lhe são apresentados neste contexto sistêmico sem recorrer a fórmulas outras que não a racionalidade intrínseca ao meio em que ocorrem os questionamentos e segundo argumentação lógico-racional e critério único e conhecido de todos. Destarte, a Teoria Econômica, simultaneamente, exerce papel *normativo* e *positivo* no estudo dos institutos jurídicos da *Civil Law* e, ainda, é aplicável na interpretação do Direito Econômico Pátrio. A LaE busca a

<sup>3</sup>Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977. p. 15 e 16.

compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica, como, quando de sua verificabilidade, já, em instância de aplicação ao caso concreto pelo magistrado. Desta forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio de forma a determinar e influenciar a práxis jurídico-social e o delineamento de novas *matizes* no ordenamento em geral, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos por meio deste novo enfoque interpretativo-jurídico.

Ora, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado por racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. Neste quadro resta, ao Direito, espelhar esta realidade social e adaptar seus critérios ao ideal de justiça próprio da referida *sociedade eficiente*. Não se está, assim, a pugnar pelo vilipêndio das máximas jurídicas mas, tão somente, a redirecioná-las à realidade palpável do dia a dia. Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme à realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética socio-econômico-normativa construtiva e inclusora. Afirmar-se, segundo preleciona o eminente mestre Carlos Maximiliano que as mudanças econômicas e sociais *constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica*; logo, ao Direito resta traduzir *em disposições positivas e imperativas toda a evolução social*<sup>4</sup>. Karl Marx, em sua obra, já atentava para visão interdisciplinária entre o *Econômico* e o Direito, sugerindo a influência daquele sobre este, delimitando os fundamentos da Interpretação Econômica do Direito e afirmando que a *soma total das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, os alicerces reais sobre os quais se constroem as superestruturas legais e políticas*.<sup>5</sup> Já Posner, destacando a aplicação da Teoria Econômica ao Direito, em sua maestria afirma:

A nova concepção de direito e teoria econômica, que é quase inteiramente nova, nesta última década e meia é a aplicação das teses e métodos empíricos da teoria econômica ao sistema jurídico. Essa aplicação se dá especialmente em campos da *Common-law* como ilícitos civis (*torts* no original), contratos, teoria e prática da pena, ao processo civil, penal e administrativo, à teoria da legislação, à aplicação da norma jurídica e à administração judicial. No entanto na velha concepção das relações do direito e da teoria econômica, restringiu-se a atenção às leis que regiam relações econômicas explícitas e, certamente, a um conjunto bastante limitado dessas normas (o direito dos contratos, por exemplo, foi omitido). O novo direito e economia não reconhece tal limitação no domínio da análise econômica

---

<sup>4</sup> *Op. Cit.* p.159-60

<sup>5</sup> MARX, Karl. *Para a crítica da Economia Política*. Trad. Edgard Malagoli. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

do direito. (Tradução Livre).<sup>6</sup>

O autor da, ao Direito, fundamentação segundo critérios de racionalidade econômica; quais sejam, valor e eficiência, assim como, os concebe Wilfredo Pareto<sup>7</sup>. A maximização de resultados, pois, torna-se valor social máximo a ser defendido pelo Direito abordado pela Teoria Econômica que, racionalizada sobre ética maximizadora da riqueza, busca diminuir os custos sociais, externalidades e os desperdícios. A aplicação da *LaE* observa posturas de economistas e juristas defendendo, como postulados maiores, os seguintes:

I – As leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas;

II – O Paradigma jurídico deve voltar-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção da riqueza.

III – Predomina o individualismo metodológico na tomada de decisão;

Em que pese a estrutura jus-filosófica da teoria que se apresenta, não se olvide de crítica consistente. Ronald Dworkin, *v.g.*, questiona se o ordenamento jurídico deve ter, tão somente, a riqueza, em detrimento da justiça, como grande valor do ser humano a ser motivador da norma. Habermas, também, apresenta subsídios para a crítica, partindo da premissa de que a *LaE* traduz-se em razão sistêmica e questionando se seria apropriado permitir que tecnocratas decidissem os rumos da sociedade, no que concerne ao aspecto econômico, valorizando-se a razão sistêmica em detrimento da razão comunicativa. Habermas afirma ter, a sociedade, chegado ao ponto em que se exigem sacrifícios sociais, sim, mas que, absolutamente, não podem ser resolvidos por tecnocratas.

Considerada a crítica, doutrinariamente, se verificam quatro enfoques para a *LaE* a saber: a) O enfoque tradicional da Escola de Chicago; b) O enfoque Neoinstitucional; c) O enfoque chamado de Eleição Pública e d) os Estudos da Crítica Jurídica.

Em tentativa de definição da *LaE* sob o enfoque tradicional, Charles K Rowley afirma que (...) o *Direito e a Economia se define como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e influência da lei e das instituições jurídicas*<sup>8</sup>. (tradução livre). Guido Alpa, na Itália, em 1981, apresentou trabalho de apreciação da obra de Posner e Calabresi. Acusava, este autor, ter surgido pensamento jurídico-econômico, já, em fins do século passado pelos adeptos do Socialismo Jurídico através de trabalhos de Loria, Petroni e Brugi. Ademais, destacou os trabalhos de Pietro Trimarchi realizados em 1961. Portanto, conclui-se que o pensamento da *LaE* foi trabalhado tanto nos EUA como na Europa, já, nos idos dos anos cinquenta e sessenta. Estes pensadores enfatizaram que o velho ramo da *LaE*

<sup>6</sup>POSNER, *Op. Cit.*,p.16.

<sup>7</sup>PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

<sup>8</sup>ROWLEY K. Charles. *Public Choice and the Economic Analysis of Law in MERCURO*, Nicholas (comp.) *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 125.

está ligado ao surgimento da Economia como ciência distinta e com os estudos de Adam Smith sobre a regulação normativa dos mercados; enquanto a *nova LaE* tem sua raiz filosófica no utilitarismo Benthamiano<sup>9</sup>; já se preocupando com atividades outras, que não a única regulação de mercados. Para esta vertente de pensamento da *LaE*, portanto, o homem, ao agir, busca, racionalmente, a maximização de seus interesses. A Escola de Chicago embasou-se, a partir do exposto, em ética utilitarista e de maximização da riqueza relevando-se o valor independente do individualismo e da livre eleição, acrescentando-se que, paralelamente ao utilitarismo de Jeremy Bentham, pode ser considerado marco-teórico-filosófico, para a *LaE*, o pragmatismo americano, muito bem abordado pelo doutrinador William James<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Segundo Jeremy Bentham, o homem esta subjugado e deve agir segundo o princípio da Utilidade. Veja-se: *A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.(...) Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida.(...) Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular. mas também de qualquer ato ou medida de governo.*

III. – O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse esta em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que , em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo. Ver in BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Victor Civitas. 1974, p.9-10

<sup>10</sup> O conceito de pragmatismo pode ser visto como segue *O pragmatismo representa uma atitude perfeitamente familiar em filosofia, a atitude empírica, mas a representa, parece-me, tanto em uma forma mais radical quanto em uma forma menos contraditória, em relação a que já tenha assumido alguma vez. O pragmatista volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados. caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado. para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma. à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade. (...) Até então não há nenhum resultado particular, mas somente uma atitude de orientação, que é o que o método pragmático significa. A atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das "categorias " das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas*

Sob o enfoque neoinstitucional da *LaE* destacam-se, como características, a generalização o rigorismo e o uso de técnicas analíticas sempre procurando a eficiência; que pode ser analisada e conceituada, segundo, v.g. Pareto<sup>11</sup> e pelo critério Kaldor-Hicks.<sup>12</sup> Segundo Allan A. Schmid tem, como meta, a identificação das variáveis instrumentais e das questões e processos que fundamentam a operação das instituições jurídicas de significação econômica.<sup>13</sup> Busca analisar a forma como a economia dos direitos de propriedade e custos de transação afetam os incentivos e expectativas, bem como, o comportamento econômico, surgindo com o trabalho de Armen A. Alchian.<sup>14</sup>

Para o enfoque da *Public Choice* trata do estudo da tomada de decisões governamentais para prover o bem estar social optando pela defesa de bens públicos, tais como: meio ambiente, qualidade de vida, defesa dos interesses do País, saúde, educação, etc. Em última análise, é a utilização da Teoria Econômica junto à Ciência Política, na medida em que, por critérios de escolha, definem-se planos de ação objetivando maximizar opções dentro de perspectiva de escassez. Surgiu em 1966 com a criação de revista chamada *Papers on Non-Market Decision Making* que, em 1968, passou a ter a denominação *Public Choice*.

Destaca-se a obra de James M. Buchanan<sup>15</sup> *Custo e Escolha uma indagação em Teoria Econômica* na qual se discute a necessidade de escolhas coletivas em processos políticos que levem à otimização das diversas possibilidades em função do bem estar e conforme a premissa de que o homem é egoísta, racional e maximizador de utilidades

Quanto aos Estudos da Crítica Jurídica, trata-se de movimento acadêmico surgido em fins da década de setenta, destacando-se, como

---

*coisas, frutos, conseqüências, fatos.* Ver in JAMES, William, *Pragmatismo e outros Textos.* Coleção os Pensadores. trad. Jorge Caetano da Silva, Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural. 1979, p. 20-21.

<sup>11</sup>Pareto apresenta dois conceitos de eficiência: a superioridade de Pareto e a optimalidade de Pareto. Para o primeiro critério, um estado de coisas P é superior a Q se, e somente se, ao mover-se de P para Q ninguém fica em pior condição que antes e pelo menos uma pessoa melhora sua posição. Quanto à optimalidade de Pareto, tem-se que um estado de coisas é ótimo, em termos de Pareto, se nenhum outro estado é superior a ele, em termos de Pareto, ou seja, é a situação em que qualquer modificação com respeito a esse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo piore sua posição. Ver in PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política.* Trad. João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, V. 1 1984. p. 79-134.

<sup>12</sup>Superando Pareto, Kaldor e Hicks elaboraram o critério de eficiência baseado na idéia de compensação dos perdedores. Ver in KALDOR-HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, Economic Journal*, v. 49, n° 549, 1939.

<sup>13</sup>Apud ROÉMÉR, Andrés, *Op. cit.* p 41.

<sup>14</sup>ALCHIAN, Armen A. *Private Property and Relative Cost of Tenure*, in Philip D. Bradley (comp), *The Public Stake in Union Power.* Virginia: University of Virginia Press. 1959, p. 350-371.

<sup>15</sup>BUCHANAN. James M. *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica.* trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes 1993.

posicionamentos característicos desta Escola, o ataque a todo o tipo de formalismos e a retomada das idéias Marxistas dentro de perspectiva utópico-teorética. Já, aqui, verifica-se crítica ao Direito que passa a ser visto como instrumento de dominação social, econômica e política, justificador da prática de dominação dos poderosos que se legitimam em ideário jurídico criado para submeter a vontade dos indivíduos.

De comum às quatro vertentes teóricas indicadas, tem-se que, ao interpretar economicamente o Direito, é possível deparar-se com duas hipóteses a saber: a um, condenar-se o sistema econômico capitalista que se legitima em ideário jurídico para o exercício de prática competitiva de mercado desconsideradora do social; condenando, da mesma forma, esse Direito, que reduz o ideal de justiça à racionalidade econômica de diminuição de custos e aumento de benefícios mantendo o *status quo* e; a dois, utilizar-se do próprio sistema jurídico, que analisado à luz da Teoria Econômica pode propiciar, a todos (privilegiados e não privilegiados pelo próprio sistema econômico), instrumental lógico-formal em busca do equilíbrio econômico que, por sua vez, leva à justiça dentro de ética específica, objetivando a distributividade da renda através do Legislativo; quando da elaboração da norma e do Judiciário, quando da apreciação do caso concreto.

Acredita-se que a segunda opção é a melhor. Tem-se, de fato, através da *LaE* real possibilidade de interpretação do Direito em atitude progressista. O importante é que se trata de ótica inovadora e técnica que, se não exclusiva e derradeira no entendimento do Direito, é mais um caminho que se apresenta na solução dos problemas jurídico - a lide - e econômico - a escassez.

Economistas e juristas, juntos, têm, portanto, velhos desafios e uma nova metodologia para solucioná-los. Este novo método analítico possibilita verificar a influência das normas sobre as ações dos indivíduos e a resposta destes para com a própria norma possibilitando, assim, real aproximação entre o ser (*sein*) e o dever ser (*sollen*), revelando o aspecto econômico que permanece latente no ideário de justiça do Direito. A Economia é ciência analítica por natureza e aplica-se ao Direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e satisfação das necessidades, bem como, à elaboração legislativa. Conseqüentemente, a Ciência Econômica, passa a ter papel preponderante ao explicar o fenômeno jurídico-econômico e, aqui, tem-se, já, uma peculiaridade a ser apontada. A fenomenologia estudada pelas Ciências Sociais é única, não existindo o fenômeno econômico dissociado do fenômeno jurídico; assim como é uma ficção verificar, no ser humano, ora o *homo juridicus*, ora o *homo oeconomicus*. A realidade é uma só e, se pode ser apreciada de vários ângulos para um melhor entendimento, também, pode ser apreciada em seu conjunto, de uma forma holística como requer o momento vivido pela humanidade.

Desde que o homem adquiriu consciência de si mesmo, procurou identificar as condições necessárias para a sua sobrevivência acumulando-as e protegendo-as, inclusive, estabelecendo regras de utilização e manutenção das mesmas. A Economia e o Direito já estavam, desde então, lado a lado. Aliás,

dentro da etapa capitalista, na evolução dos sistemas econômicos, o Direito racional, isto é, *direito calculável* se fez e se faz necessário, para que a *exploração das diversas atividades econômicas* possa ser desenvolvida dentro de perspectiva de segurança jurídica, que impeça as incertezas e instabilidades impossibilitadoras da acumulação.<sup>16</sup> O Estado<sup>17</sup> e o Direito devem propiciar, então, as condições mínimas para o desenvolvimento da atividade econômica e social como um todo. É o dito elemento coercitivo que Weber refere estar sob domínio do Estado que garante a atividade econômico-social regulando-a e dirimindo seus conflitos.<sup>18</sup> Evidente, então, a necessidade de pensar o Ordenamento Jurídico de forma eficiente, como meio para alcançar o fim, tal qual liame ideal que une os homens ao seu destino - a evolução infinita. Para tanto, é necessário considerar as vicissitudes da existência momentânea competindo, segundo avanço moral da humanidade, o Direito respectivo que, levando em conta os parâmetros econométricos, como consequência da ganância de muitos, sim; também, é fruto da real necessidade de superação definitiva da situação de plena infelicidade oriunda da escassez, do não uso, do desperdício, da usura, do egoísmo, da avareza, do apego excessivo, do mau uso, da destruição, da desconsideração do outro, da completa ignorância, do não questionamento, do não direito à dúvida, da inconseqüência de infância moral que, já, não mais é tolerável – nos atuais dias e por homens que vislumbram a inevitável evolução. Já não há espaço para as práticas autoritárias inerentes ao uso da força, e, através da discussão e do *pensar conjunto* das práticas normativas e interpretativas, surge, como derradeira opção, a consecução de um todo legislativo harmônico e de uma tomada de decisão segura e determinante para as relações fáticas.

As normas devem voltar-se à institucionalização do mercado

<sup>16</sup>No mesmo sentido Max Weber ensina que uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial, em uma economia capitalista, é o *Direito racional, isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas. Ver in WEBER, Max. História Geral da Economia. Trad. Calógeras A Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou., 1968. p. 251.*

<sup>17</sup>Justificando a existência do Estado, Vital Moreira ensina: *Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são afeitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades; reconhecida essa situação, é sobre o estado que vem impender a execução de papéis que até aí lhe estavam defesos. É o estado que vem reclamar-se de 'principal responsável pelo curso da economia, instituindo todo um quadro institucional em que ele se move, controlando-o, dirigindo-o ou dedicando-se diretamente à produção econômica. Ver in MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Lisboa: Centelha, 1978. p. 55-56.*

<sup>18</sup>Diz Weber: (...) *segundo a experiência histórica, atrás de toda economia existe um elemento coercitivo atualmente, manejado pelo Estado e, em épocas passadas, amiúde, pelas corporações - e até mesmo uma economia socialista ou comunista dele necessita para por em prática suas ordenações; mas esta coerção, agora não é, precisamente, uma atuação econômica, e sim, tão somente, um meio para assegurá-la. Ver in WEBER, Max. História Geral da Economia. Op. cit. p. 10.*

assegurando condições *negociadas* que o tornem exequível. O mercado, conforme ao modelo capitalista neoliberal, torna-se possível, uma vez sejam verificadas as máximas econômicas eficientistas, bem como, a introdução de parâmetros realistas e concretos de solução dos diversos problemas surgidos e, possivelmente, vindouros quando da tomada de decisão apropriada ao caso concreto, factível e persuasiva. Pequena contribuição no entendimento e aperfeiçoamento do Direito, para o momento, e, segundo as atuais circunstâncias, é a utilização da perspectiva econômica de *olhar e, realmente, ver* o Direito através dos institutos da Ciência Econômica.

Em que pese a defesa estrita da economicidade como forma de observar o mundo real e concreto ou de aplicar as normas, defende-se modelo econométrico aplicável ao Direito conforme o *Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES*. O Direito, revelando escolha ou adjudicação de prerrogativas legais, deve observar o primado do PEES, seja quando da elaboração ou aplicação de normas, defendendo-se, pois, a observação da eficiência para a obtenção da conseqüente harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, devendo, ainda, critérios outros como distributividade, justiça social, defesa do meio ambiente, erradicação do desemprego, superação dos nacionalismos, etc., serem internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações de mercado; ou, na hipótese de existência de altos custos de transação, através de aparato jurídico-decisional que considere as conseqüências da decisão sob o enfoque de referido Princípio da Eficiência Econômico-Social.

O próprio Posner ensina que a riqueza<sup>19</sup>, não sendo o único *critério de escolha social*, deve, no entanto, ser considerada, tanto quanto outros anseios sociais. Assim, socialmente, deve ser almejada a distributividade da riqueza e deve ser propiciada inclusão, dos desejos individuais de cunho não economicista, no cálculo econométrico de custo e benefício conforme utilização de metodologia adequada para a mensuração das variáveis; objetivando, por fim, a maximização do bem-estar das populações envolvidas. Desta forma, o processo de tomada de decisões deve prosseguir *ad infinitum* até que o equilíbrio econômico-social seja estabelecido não mais no campo da utopia. Este é o desiderato da humanidade consciente sob a ótica jurídico-econômica, qual seja, o bem-estar mundial, o desenvolvimento global dos povos e a manutenção da raça humana sob condições de vida fraternas e, no mínimo, suficientes, inclusive, segundo internacionalização dos mercados e do capital, gerando-se a equalização, no nível de emprego mundial, nas condições de vida dos povos, na realização de fins sociais, etc.

Observada a presente realidade da vida na terra, a tendência mundial, em conseqüência da abertura econômica verificada no início do terceiro milênio, aponta para a disseminação dos processos econômico-sociais possibilitando a *caminhada* em busca da solução conjunta de problemas recíprocos em escala mundial, na medida em que se perde o sentido tradicional clássico de soberania e nacionalidade e se busca a igualdade global pela universalização<sup>20</sup> e

<sup>19</sup>POSNER, R. A. *Economic Analysis (...)* Op. Cit., p. 13. e *idem. Antitrust(...)* Op. Cit., p.4.

<sup>20</sup>Bobbio fala do Direito Universal: (...) *é a idéia limite do universalismo jurídico*

conseqüente surgimento do *cidadão global*. Se as ideologias capitalistas e socialistas<sup>21</sup> não mais são convincentes do ponto de vista humanitário, intentada a terceira via, é mister que seja dado tratamento homogêneo, por parte de toda a humanidade, para problemas cruciais, tais como: a preservação do meio ambiente, o uso da energia nuclear e a pesquisa bacteriológico-química, solução de conflitos armados, dissuasão do uso e tráfico de drogas, abastecimento mundial de gêneros e água, assim como, tantos outros temas que, isoladamente tratados-pseudo-resolvidos não oferecem segurança para a sobrevivência da humanidade como um todo.

Mesmo agindo egoísta e utilitariamente<sup>22</sup>, o homem pode alcançar a luz da ação humanitária pois, não o fazendo, condenar-se-á a sua própria sorte. A

*contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um direito natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal.* ver in BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos, rev. Téc. Cláudio de Siccó, Brasília: UNB, 1994. p.165.

<sup>21</sup>Acompanha-se a lição do Eminentíssimo Dr. Oscar Dias Corrêa que ensina sobre a interação entre os sistemas econômicos conhecidos na forma de um liberal-socialismo. Lembrando Jean Hinous explica que da tese – *capitalismo, da antítese - socialismo, chegar-se-ia à síntese – societarismo*.(...) Ver in CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: O Societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1994, pp. 3-4.

Sombart, luminariamente, preleciona sobre a proximidade dos sistemas econômicos explicando que: (...) *teremos que nos acostumar a pouco e pouco ao pensamento de que a diferença entre um capitalismo estabilizado e regulamentado e um socialismo tecnificado e racionalizado não é muito grande e que, em conseqüência, para a sorte dos homens e de sua cultura é bastante indiferente que a economia esteja estruturada em forma capitalista ou socialista. O importante é que o modo de trabalhar em ambos os casos é o mesmo; e que em ambos toda a economia descansa sobre a espiritualização.* Ver in SOMBART W. *El apogeo del Capitalismo*. Trad. José Urbano Guerrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p.489 e ss.

Bobbio, em seu Dicionário de Política, defende que não comungar da idéia de um liberal-socialismo ou defender a incongruência desta tendência econômico-social é incorrer em crasso erro: (...) *erro fundamental é crer que as duas correntes sejam contrárias e não possam ser conciliáveis entre si, enquanto na realidade sua integração é não apenas possível, mas até desejável. (...) desenvolvido num período em que se defrontavam dois tipos de sociedade, a capitalista ocidental e a comunista soviética, o Liberal-socialismo é marcado por esta situação, não apenas na proposição de uma mediação, quase uma síntese, entre os dois sistemas, mas até na previsão de uma futura conciliação e fusão.* Ver in BOBBIO, Norberto, MATTEUCI Nicola e PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale et al Coord. Trad. João Ferreira, ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro P. Cascais. 7ª ed. Brasília: UNB, 1995. p. 706.

<sup>22</sup>O homem, agindo egoisticamente, acaba por trabalhar em função do social, sob pena de não o fazendo, sucumbir pela impossibilidade de subsistir em meio à ruína total de seus semelhantes. Ensina Oscar D. Corrêa sobre o altruísmo interessado que, por fim, leva à integração dos homens: *Por isso falamos em egoísmo execrado e em altruísmo interessado: o homem verificou, nesses milênios de convivência, que não pode viver só para si, para seus interesses, sua vontade, porque tem de conviver ( viver com) Melhor, pois, que aprenda a fazê-lo. Abrindo mão, interessadamente, de algumas pretensões, para realizar outras, na escolha forçada, na opção necessária e econômica (em face da escassez) e racional, de quem não pode conseguir tudo. (...) A abdicação parcial em favor*

irracionalidade obscura levará ao extermínio, até pela deterioração do Planeta Terra, assim como ocorreu com tantas civilizações que pereceram, anteriormente, pela falta de fraternidade e pela falta de percepção do óbvio: a humanidade cresce globalmente e a transitoriedade da vida individual não representa nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente.

Sabe-se que o equilíbrio dos *vasos comunicantes*<sup>23</sup> é a meta derradeira; entretanto, o problema está no fato de que, alguns, detentores do poder econômico - possuidores e incluídos proprietários do sistema - teimam em manter seu bem-estar individual que perdura em um sistema sócio-político-econômico procrastinador e deturpador dessa derradeira meta: a universalização do nível de bem-estar. Já, na prevalência do *Welfare-State*, o Estado paternalista manteve o assistencialismo como forma de domínio e, no auge da integração geopolítica, a divisão mundial em função do temor à guerra fria; por fim, no hodierno período de globalização, resta o domínio pela persuasão da lógica do mercado, agora, dito neoliberal.

Como, então, convencer os abastados a globalizarem benesses partilhando-as com os desapossados dentro de um processo globalizante? Através da negociação. Em verdade, se a internacionalização dos mercados é inexorável, se a lógica economicista impera, não se pode ser ingênuo e acreditar em um perfil filantropo das nações bem aquinhoadas; entretanto, com firmeza de propósitos e determinação, passo a passo deve ser alcançada e demonstrada a séria intenção de progresso, através da auto-estima, da autodeterminação e da parcimônia dos gastos públicos e privados por parte dos povos menos favorecidos; restando, ainda, o convencimento pela via diplomática. O caminho é árduo e longo; mas, também, é inexorável como forma de condução do pensamento pela educação em detrimento da ganância desmedida e da violência.

É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado, do Direito e do mercado. Os indivíduos buscam, nas instituições econômico-políticas a maximização de suas expectativas de forma a ser obtida a maior diferença custo-benefício; o que não quer dizer que a forma de obtenção dessa maximização de resultados ocorra, sempre, de forma indolor e equilibrada, ainda mais, se consideradas todas as contingências internacionais. Tem-se, então, tal como ensina Adam Przeworsky, papel preponderante para o Estado<sup>24</sup> hodierno, na medida em que distribui renda e aloca recursos que o mercado é incapaz de fazer em função da impossibilidade de sua auto-reprodução *ad infinitum*, devido à monopolização e a desmercantilização. Dessa forma, o sistema econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado como derradeira forma de atenuação entre a planificação - em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor

---

*do social é, por isso, altruísmo interessado, ou egoísmo inteligente (...)* Como, aliás, na vida, em geral, acontece(...) Ver in CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: (...)* Op. Cit. p. 151.

<sup>23</sup>Nesse sentido, ver in CORRÊA, Oscar D. *Op.cit.* p. 189 e 208.

<sup>24</sup>PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Trad. Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: relume-Dumará.1995, p. 98.

econômico - e a concorrência desleal de mercado - que faz desaparecer as possibilidades de coexistência.

Em função do exposto, tem-se que a tomada de decisão administrativa ou jurídico-legal não pode fugir do contexto de integracionismo em escala mundial, da difusão de um Direito racional e conforme às possibilidades reais de meios concretos e da implementação de mercado que não pode se tornar arena da barbárie. O problema está em estipular, no Direito, o que *deve ser*, segundo critérios, que, embora metafísicos, sejam factíveis. É o que o positivismo tentou; porém, como se percebe, de forma ineficaz, uma vez que não bastou *corporificar o princípio* através da lei codificada que; na maior parte das vezes, ainda continuou descompromissada com o real em nome de valores inapropriáveis do campo metajurídico. A lei, freqüentemente, é criação ideológica do homem que, desconectada com a realidade, acelera o processo conflitivo ao invés de solucionar as crises sociais.

Aplicar a Teoria Econômica ao Direito é possibilitar este critério único e racional para atingir-se um *dever ser* possível segundo condições dadas, diferentemente do *dever ser* idealizado, mas, freqüentemente, inatingível devido ao seu descomprometimento com o mundo real ou seu caráter meramente político-ideológico. Não obstante a constatação de dificuldades metodológicas quando do uso da Teoria Econômica para a análise e interpretação do Direito, é inegável a utilidade do instrumental teórico-econômico, seja como metodologia de interpretação da norma existente, seja como fundamento basilar na feitura desta. Dessa forma, no mínimo, serão eliminadas ou compensadas as ineficiências; tais como, as externalidades<sup>25</sup> de mercado, uma vez propiciada a metodologia econômico-jurídica própria para a distribuição ou redistribuição da riqueza e consagração de direitos segundo a capacidade que tenham, os agentes envolvidos, de promover o melhor bem-estar social através do uso eficiente dos recursos e evitando os custos sociais ocasionados pelas externalidades negativas.

A partir das máximas expostas e, ao menos em instância teórica, como desiderato de uma aplicação econômico-jurídica aos fenômenos sociais, em um sistema econômico liberal capitalista que importe em primazia do indivíduo, tem-se, conforme a LaE, *economia do bem-estar* pela maximização dos resultados e decisões tomadas em todos os setores da economia de mercado – idealmente, em concorrência perfeita - eliminando-se as deseconomias ou economias externas e igualando-se os *custos sociais marginais* às *receitas sociais marginais*.

Toda a vez que é criada uma norma, implicitamente, é adotado parâmetro decisional aplicável ao caso concreto advindo da imposição normativa quando da tomada de decisão. Pode-se, então, adotar o parâmetro econômico como metodologia de análise ou como natureza intrínseca ao próprio Direito, de forma que, quando decidindo, o legislador, o juiz ou o administrador deve relevar os meios econômicos disponíveis para atingir fins específicos sob pena de ineficácia da norma, fazendo urgir a aplicação do instrumental de análise do custo e do benefício de decidir, ainda, ponderando o objetivo a ser

---

<sup>25</sup> Diferença entre os custos particulares e os custos sociais ou entre lucros particulares e lucros sociais.

atingido e o conseqüente custo para alcançá-lo. Economicamente, parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, se aumenta a riqueza, o que, necessariamente, não leva à equidade e à distributividade, já que, é visível, a desigualdade<sup>26</sup> em relação à distribuição de atributos individuais dos homens, tanto quanto, o aquinhoamento dos diversos fatores produtivos entre as nações. Se a análise econômica de custos e benefícios não considera critérios distributivos, e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências, por outro lado, a distribuição regressiva leva a maiores injustiças em termos materiais. Destarte, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica. Torna-se útil o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito, além de programas ou políticas distributivas a serem, cautelosamente, implementados pelo Estado, já que, infelizmente, nem sempre são computadas, no cálculo utilitário, questões particulares não avaliáveis, dentro do instrumental metódico disponível, como aquelas inerentes ao mérito social quando da tomada de decisão.

Basicamente, a análise de custo e de benefício objetiva a internalização dos custos externos considerando, para tanto, como instrumento de medida, o valor de mercado ou, na falta deste, o *preço-sombra*<sup>27</sup> obtido a partir da apreciação do valor, fora de mercado. O Direito, em função da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades mais eficientes. Os governos, a partir da lógica do jurista-economista, devem maximizar suas decisões quando da implementação de políticas econômicas e sociais eliminando externalidades – que devem ser incluídas no cálculo econômico, tal como defendido segundo o PEES.

O PEES aplicado à norma traduz a elaboração ou aplicação da mesma de forma eficiente economicamente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações – caráter recíproco das ações, porém, de forma a considerar o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas, evitando-se que, muito provavelmente, em futuro não remoto, pelo emprego ineficiente de recursos, pela onerosidade causada ao processo produtivo doméstico, pelo desvio de recursos e pela criação de indicadores mercadológicos falsos, verifique-se o caos econômico a partir da constatação da

<sup>26</sup> Enquanto a Ciência Econômica parte do pressuposto da desigualdade, no Direito pode ser intuída a justiça que almeja a equidade. Observa-se, no entanto, que seja em estado de natureza, seja em sociedade e, mesmo que utopicamente igualadas as condições de todos os homens, restam, eles, diferenciados, após algum tempo. Não há um conflito real ou é aparente o conflito entre Economia e Direito; já que, a primeira Ciência, busca a criação eficiente da riqueza; enquanto, à segunda, compete garantir a segurança jurídica e a equidade das relações que não foram previamente determinadas ou cujos custos de transação são inaceitáveis.

<sup>27</sup> Preço – Sombra – ou preço *contábil* - é o preço que o economista atribui a um bem ou fator com base no argumento de que ele é o mais apropriado para a finalidade do cálculo econômico do que o seu preço vigente, se houver algum.

carência de recursos em outras atividades, do alto custo para satisfazer a demanda interna, do maior desemprego ocasionado em outros setores em virtude do manutenção de empregos em atividades ineficientes, e de tantos outros problemas reflexos gerados a partir da equivocada tomada de decisão.

Não obstante, tem-se que o PEES prima, quando da elaboração ou aplicação normativa, pela essência econômica da norma que, devendo ser eficiente - maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações - não deve olvidar a consideração, no cálculo econômico, das variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades que se afere sacrificando determinados bens e serviços de outrem, ainda, considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade presente e futura.

O Direito aplicado de forma eficiente torna-se moral. Ensina, o autor de Chicago, referindo ao conteúdo moral da *Common Law*, que, se realmente o Direito tem de buscar a dimensão de justiça social: equitativa e distributiva, corrigindo injustiças e vindicando senso moral, não há inconsistência entre estes nobres princípios e a eficiência. De fato, sentimentos nobres de justiça, amor, honestidade, lealdade e outros, corroboram com a eficiência e reduzem as externalidades na medida em que a *Common Law* adiciona custos e os internaliza quando da violação dos próprios princípios morais. O altruísmo, por sua vez, também não está descartado da lei quando é raciocinado em termos econômicos na forma de derivação de utilidade, por parte de alguém, em relação à utilidade de outrem; de forma que o desejo ou anseio individual passa a ser correspondido conforme à satisfação do próximo.

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica, tornando o primeiro racional, segundo os parâmetros da segunda Ciência, torna-se possível, segundo aplicação do PEES, uma vez que o comando normativo seja exequível, conforme dadas as restrições materiais, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante o implemento do tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais, e, por fim, seja promovida a derradeira justiça em uma perspectiva econômica, ao difundir incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para a consecução de atos condenados pelo *acordo social* previamente estabelecido em normas, nos costumes, etc.

Como medida de justiça, o Direito tem de buscar parâmetro de decisão alinhado com os anseios da maioria ou totalidade do grupo social e conforme à técnica mais promissora e racional disponível. Problema ocorre quando, tomando decisões administrativas ou exarando decretos, leis e impingindo vontade política, o homem insurge-se contra a ordem natural das coisas - o resultado é a completa impotência. Em situações que envolvam falhas de mercado, a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes restará prejudicada e a consequência é a injustiça em função do desperdício e da escassez fazendo urgir a ação do Estado como reorganizador das relações

econômico-sociais através do Direito<sup>28</sup>.

Justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse, observado o interesse de terceiros<sup>29</sup>; idéia que pode ser escrita da seguinte forma: Justiça, segundo a ótica do Direito Tradicional, é dar a cada um o que lhe pertence – Justiça Corretiva em Aristóteles, ou, ainda, segundo o Mestre macedônio, tem-se a idéia de justiça distributiva conforme a proporcionalidade em que cada um tenha contribuído para o bem estar social, ou seja, tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade<sup>30</sup>. Por fim e, segundo máxima inolvidável, justiça é fazer aos outros o que se gostaria que fosse feito a si - alteridade. Dentro da ótica economicista pragmática, a justiça deve ser alcançada não em função da necessidade de retribuição de um dano causado, por exemplo, mas da composição ideal das partes para, assim, ser alcançado estado superior de bem-estar para todos os envolvidos.

Defendida a justiça econômica como pragmática, deve ser lembrada a posição de Hayek ponderando que não se pode atribuir o conceito de justiça a processos econômicos, cujos resultados são naturais segundo Leis Econômicas específicas. Atribuir à determinada consequência de uma ação lógica, segundo as máximas da Ciência Econômica, a qualidade de justa ou injusta é o mesmo que acusar a medicina de não observar as normas de culinária. Hayek<sup>31</sup> ensina que, em uma economia de mercado liberal, os preços - como sinalizadores das atividades e produtos necessários - tão somente indicam as necessidades individuais e sociais que devem ser satisfeitas, desconsiderando o mérito ou a ética da escolha natural de mercado – *catallaxia* - e cumprindo papel indicativo das ações humanas naturais que, de outra forma, seriam determinadas em um curso alterado - forçado - através de um critério qualquer aleatoriamente

---

<sup>28</sup>Segundo o Teorema de Coase, uma vez inexistentes os custos de transação, é indiferente que os direitos sejam determinados previamente, restando, sempre, a possibilidade de realocação dos mesmos segundo interesses dos particulares envolvidos. Resta, sim, papel de relevada importância, para o Direito, no caso de verificação de desvios de mercado - falhas de mercado - ou quando existirem altos custos de transação que impeçam as partes em conflito de transigirem; além do controle do poder de polícia em relação ao comportamento social dos indivíduos. A princípio, deve ser ressaltado que não se está a apologizar o Estado mínimo e a não funcionalidade do Direito; muito pelo contrário, as instituições administrativo-jurídicas são necessárias em um mundo no qual o estado utópico de mercado de concorrência perfeita não existe. Sobre os custos de transação, ver COASE, Ronald H. *The Problem of (...) Op.Cit.*; p.1-44.

<sup>29</sup>Posner trabalha a questão da justiça distributiva, bem como, da justiça corretiva, a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as idéias Aristotélicas, bem como, Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de uma visão pragmática e instrumental in *The Problems of Jurisprudence. (...) Op. cit.*; p 313-352.

<sup>30</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kurg. 3ª ed. Brasília : Ed. UNB. C. 1985, 1992; p. 95

<sup>31</sup>HAYEK, Friedrich. August von. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão. 1985, p. 129-157.

escolhido ou imposto. Nesse sentido, a liberdade de mercado é o melhor caminho para que se faça justiça e bem-estar.

Respeitada a posição daqueles que não podem aceitar a economicidade no Direito ou a associação da eficiência com justiça, resta, como verdade, que necessário é - e justo, também - a garantia de regras iguais<sup>32</sup> e proteção institucional das relações sociais para a consecução de profícuo trabalho com vistas ao desenvolvimento humano. Necessária, pois, é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade no exercício da atividade econômica, uma vez que se reconhece, em um estado de concorrência perfeita no qual não impere o despotismo dos economicamente poderosos, o estado *utópico do sistema econômico*. O resultado do *modus operandi* dos agentes econômicos, inseridos em contexto regulamentado, é, em última instância, a defesa de seus interesses pessoais e diretos, tais como: a sobrevivência e a satisfação de suas necessidades vitais, dentre outros; de modo racional, através do uso eficiente dos escassos recursos, seja, por meio do indicativo do mercado em primeira instância ou, na falha deste, através da regulamentação que deve, invariavelmente, defender o *interesse econômico-social*<sup>33</sup>, segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social.

Nunca seja esquecido que a humanidade cresce globalmente e, a transitoriedade da vida individual não representa, nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente, egoísta, despótico e descomprometido com a própria sobrevivência e a dos demais componentes da humanidade; assim como, não justifica a ganância que desconsidera o social; nem a inércia que aumenta o fardo do próximo. Muito menos, justifica-se a destruição do suporte material da vida na Terra, uma vez que se entende, dentro de perspectiva progressista e incluyente, ser, a riqueza social, individualmente apropriada, porém, e sempre, segundo o eficiente uso comprometido pelo PRINCÍPIO DA EFICIENCIA ECONÔMICO SOCIAL.

O homem é mais que seus desejos materiais, é ser social que necessita da sociedade para, assim, usufruir com plena intensidade o seu direito de vida.

<sup>32</sup>No sentido de que as normas melhor apropriadas para o caso concreto devem ser emanadas pelos juízes – tomadores de decisão? – ver *Op. cit.*; p. 109 e ss.

<sup>33</sup>Segue-se a lição de Rudolf Von Jhering para afirmar que o *Direito é o interesse juridicamente protegido*; acrescentando-se que o interesse, no mundo hodierno, é a manutenção de patamares desenvolvimentistas eficientes nas relações sociais. JHERING, Von Rudolf. *La dogmática Jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 189.

Oscar Dias Corrêa, socorrendo-se em Bobbio, ensina que a decisão individual, consciente ou não, na maioria das vezes, acabará por conduzir à busca do bem coletivo: *Esquecem-se os excessos individualistas se o homem acaba por compreender que não só não pode viver só, como sua tranquilidade (felicidade) depende da tranquilidade que os outros homens possam também usufruir. Não se trata, pois, de ação consciente, nem se precisa recorrer ao contratualismo, à noção de contrato social que se estabelece; mas de um objetivo que se alcança pela compreensão da coexistência, da convivência, inconsciente e progressivamente, pela própria experiência vivida pela Humanidade, sem necessidade de desvendar nas doutrinas contratualistas o fundamento*. Ver in CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema (...)* *Op. cit.* pp. 144-145.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge Massachusetts: Press Syndicate of the University of Cambridge. 1989.

BAKER, C. E., *The ideology of Economic Analysis of Law*, 5 Phil. & Pub. Aff. 3, 47.1975.

BEARD, Charles A. Una interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos. Trad. Hector Sáenz y Quesada. Buenos Aires: Arayú, 1953.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Victor Civitas. 1974.

BOWLES, Roger. *Diritto e Economia*. Bologna: Il Mulino. 1985.

BROWN John Prather. *Toward an Economic Theory of Liability*, 2J. Legal Studies 323.1973.

BUCHANAN. James M. *Constitutional Economics*. Oxford: Basil Blackwell Ltd. 1991.

\_\_\_\_\_. *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica*. trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes. 1993.

BURROWS, P. e VELJANOVSKI, C. G. (eds.) *O Enfoque Econômico do Direito* (Londres: Butterworths, 1981).

CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil*. Trad. Joaquin Bisbal. Barcelona: Ariel, 1984.

\_\_\_\_\_. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. 70 Yale L.J. 499.1961.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. 3 J. Law & Econ. 1 1960.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics* Harper Collins Publishers. 1988.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon, 1986.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. 6 Law & Phil., 1987.

\_\_\_\_\_. *Talking Rights Seriously*. 7ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1980

\_\_\_\_\_. *Why efficiency? In: Kupperberg, Mark; Beitz, Charles. Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held. 1983.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994.

FARIA, José E. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros. 1993.

GALBRAITH. John Kenneth. *O Pensamento Econômico em Perspectiva. Uma história crítica*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: USP, 1989.

GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J. *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*. Buenos Aires : Ad-Hoc. 1994.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, Legislação e Liberdade : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão. 1985.

HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 2ª ed. San Diego, CA: Academic Press Inc. 1988.

JAMES, William. *The varieties of Religious Experience Pragmatism. A pluralistic Universe*.

*The Meaning of Truth. Some Problems of Philosophy Essays*. New York: Literary Classics of the United States, Inc. 1987.

\_\_\_\_\_, *Pragmatismo e outros Textos* Coleção os Pensadores. trad. Jorge Caetano da Silva, Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

LORIA. *La teoria económica della costituzione politica*. Milano 1886.

LANDES, William M. E POSNER Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard: Harvard University Press. 1983.

MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989

MISHAN, E.J. *Análise de Custos - Benefícios: uma introdução Informal*. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar. 1976.

OTERO DIAS, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Artes Gráficas Marisal. 1966.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales. 1994.

PARETO, Wilfredo. *Manual de Economía Política*. Trad. João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PEJOVICH, Svetozar. *The Economics of Property Rights: Towards a Theory of Comparative Systems*. Boston: Kluwer Academic Publishers. 1990.

PIGOU, A.C. *La Economía del Bienestar*. Trad. F. Sanchez Ramos e Manuel de Torres. Madrid Aguillar. 1946.

POLINSKY. A. Mitchell. *Introducción al Analisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho. 1985.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

\_\_\_\_\_. *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press. 1976.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Negligence*. 1.J. Legal Studies. 29 1972.

\_\_\_\_\_. *The Economic of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1981.

\_\_\_\_\_. *The Etical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. In: Kupperberg, Mark; Beitz, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Aplications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held. 1983.

\_\_\_\_\_. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1990.

\_\_\_\_\_. *The Value of Wealth: a Reply to Dworkin and Kronman*. Legal Studies, n 9, 1980.

\_\_\_\_\_. *Utilitarianism, Economics and Justice Theory*. Legal Studies, n103, 1979.

\_\_\_\_\_. *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 J Pol. Econ. 807 (1975)

\_\_\_\_\_. *Taxation by Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 335 (1974)

POUND, Roscoe. *The Economic Interpretation and the Law of Torts*. Harvard Law Review, v. 53, n° 3, Jan./1940

RANGEL COUTO, Hugo. *La Teoría Económica y el Derecho*. México : Porruá. 1980

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Ed. presença. 1993.

ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica. 1994.

SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid : Ed. Tecnos. 1989.

SCHÄFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos. 1991.

SCHUNPETER, Joseph A. *História del Análisis Económico*. trad. Lucas Mantilla México: Fondo de Cultura Económico. 1984.

SHAVELL Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987

SOMBART W. *El apogeo del Capitalismo*. trad. José Urbano Guerrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

STAMMLER, R. *Economía y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*. Madrid : Editorial Réus. 1929.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. trad. Neusa Vitale, rev. téc. Roberto Troster. São Paulo: Makron Books. 1993.

STIGLER, George J. *The Theory of Price*, 4ª ed. New York: Macmillan Publishing Company. 1987.

\_\_\_\_\_. *The Economics of Minimum Wage Legislation*, 36 Am. Econ. Rev. 358 (1946)

\_\_\_\_\_. *The Optimum Enforcement of Laws*. 78 J. Pol. Econ. 526. 1970.

\_\_\_\_\_. *The Organization of industry*, chs 5-10, 21 1968

\_\_\_\_\_. *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 3 1971

SUGDEN, Robert e WILLIAMS Alan. *The principles of practical cost-benefit analysis*. Oxford: University Press. 1986.

TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos. 1987.

*The Journal of Law, Economics & Organization*. Volume 7, number 2. Oxford University Press, fall 1991.

WEBER, Max. trad. Carlos Grifo Babo. *O político e o cientista*. Lisboa: Editorial Presença. 1979.

\_\_\_\_\_. *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva*. trad. Régis Barbosa e Karen E. Barbosa, rev. téc. Gabriel Cohn. 3 ed. Brasília DF: Editora da UNB. 1994.

\_\_\_\_\_. *História Geral da Economia*. Trad. Calógeras A Pajuaba. São Paulo: Ed. Mestre Jou. 1968.

\_\_\_\_\_. *A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 9 ed. trad. Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira. 1994.

WILLIAMSON, Oliver E. *Las Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económico. 1989.