

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ECONOMIA

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

YURI SCHNEIDER

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gina Vidal Marcílio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-039-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ECONOMIA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direito e Economia, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Cumpre ressaltar que o evento acadêmico teve lugar em Aracaju, entre 3/06/2014 e 06/06/2015 com o tema principal: Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Dentre os quase 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 24 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de Direito e Economia. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações econômicas demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas inerentes ao Direito Econômico e na consolidação da linha de pesquisa própria da Análise Econômica do Direito.

O CONPEDI já, desde 2005, trabalha áreas do Direito Econômico em GT 's específicos como aqueles voltados para as relações de Consumo e Desenvolvimento, porém, é de destacar a introdução dos GT 's Direito Econômico e Modernidade e Análise Econômica do Direito já, em 2009, no evento de Maringá. A partir de Fortaleza, em 2010, invariavelmente, o GT Direito e Economia esteve e está presente no CONPEDI.

A construção do conhecimento paulatinamente vai se estruturando pelo esforço de professores, doutorandos, mestrados e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, solidificam o pensar jurídico de maneira séria e comprometida. O Direito Econômico já, em suas origens, apontava como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da economicidade e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar do Direito Constitucional nas relações econômicas. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional e econômico, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O assunto necessita ser

revisitado, haja vista que apesar de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise econômica internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Vale lembrar que o Brasil em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Ressalta-se que países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nessa década, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direito, política e economia percorrem o mesmo trajeto. Cumpre lembrar Maynard Keynes; impossível ignorar que as soluções dos problemas de sustentabilidade perpassam por questões da eficiência econômica, da justiça social e da liberdade individual. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento do Milênio.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, urge combinar políticas econômicas que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

No contexto brasileiro, insere-se, já no Século XXI, no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar a crítica de Lassalle sobre os fatores reais do poder. Um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda tem a combater a fome na esfera nacional. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos,

propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como os senhores poderão verificar cada um dos autores, por meio de percuciente análise, na sua seara de estudos, contribuiu com um aporte a resultados que indicam a viabilidade da diminuição do distanciamento entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano no Brasil, ou ainda na esfera internacional, própria do seu contexto.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrands e doutorands tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Os professores Everton das Neves e Joana Stelzer, usuais coordenadores desse GT, destacaram-se nas primeiras exposições. Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Empréstimos realizados pelo FMI e as consequências de condicionalidade na jurisdição para a soberania do Brasil, autoria de Eduardo Biacchi Gomes e George Rezende Moraes; 2. Da law and economics à economia solidária: uma questão de eficiência, de Everton das Neves Gonçalves e de Joana Stelzer; 3. A eficiente solução de litígios: uma proposta a partir da análise econômica do direito e dos meios alternativos de solução de conflitos, teve como autores, Paulo Marcio Reis Santos e Samantha Caroline Ferreira Moreira; 4. A análise econômica do direito de Richard Posner e a desjudicialização das execuções fiscais como forma de melhor gestão fiscal ao Sistema Tributário brasileiro, de Fernando Pereira Alqualo e Sergio Ricardo Caires Rakauskas e para concluir o primeiro bloco de apresentações; 5. A igualdade como novo paradigma do desenvolvimento econômico capitalista, de Meire Aparecida Furbino Marques e Thiago Bao Ribeiro.

No segundo grupo apresentado, destacou-se a presença do professor Giovani Clark, fundador do GT de Direito e Economia, nesse contexto, foram conciliados os temas a seguir propostos:

1. O papel do direito e do Estado na regulação das crises do modelo econômico capitalista: o lugar do direito e do estado na economia globalizada. Aurores Patricia Fernandes Bega e

Yasa Rochelle Santos De Araujo; 2. A regulação da ANP na efetivação da política de redução do teor de enxofre do diesel, de Yanko Marcius De Alencar Xavier e de Vinicius Fernandes Costa Maia; 3. A análise de impacto regulatório air como instrumento de política pública. Autores Carolina Brasil Romao e Silva; 4. Estado de exceção econômica, de Giovanni Clark e Milton Carlos Rocha Mattedi;

O terceiro bloco foi constituído por questionamentos da ordem do Direito Constitucional econômico público e privado, assim sendo, observe-se a ordem de apresentação a seguir disposta:

1. A demanda por cirurgia plástica diante da responsabilidade civil médica: breves considerações, de Rubia Silene Alegre Ferreira e Mariana Faria Filard;
2. O planejamento familiar e o acesso ao crédito sob a ótica da análise econômica do Direito, de Nardejane Martins Cardoso;
3. Análise de impacto regulatório como parâmetro de eficiência nas agências reguladoras, de Matheus Meott Silvestre;
4. Questões Sobre Direito E Economia: apreendendo a pensar o direito além da perspectiva normativa, de autoria de Rosa Maria Freitas Do Nascimento;
5. Livre mercado e desenvolvimento econômico no Brasil: uma leitura a partir da ordem econômica Brasileira, de Evandro de Souza Neves Neto e Ingrid Gadelha de Andrade Neves

E por fim, o último bloco foi composto por 8 artigos, quando se discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso ao emprego e à renda, senão veja-se:

1. Análise econômica do direito à liberdade religiosa, de Luis Paulo dos Santos Pontes;
2. Ética, responsabilidade e função social, de autoria de Nelson Laginestra Junior e Flavio Shimabul sob a perspectiva das empresas kuro;
3. O combate à fome e à pobreza como direito econômico fundamental: o debate na teoria econômica, de Luís Alexandre Carta Winter e Martinho Martins Botelho;
4. A análise econômica do direito nas relações de emprego envolvendo as organizações de tendência, de Marco Antônio César Villatore e Rafael Carmezim Nassif;
5. Construção de metas de qualidade de ensino e o direito anticoncorrencial brasileiro: análise da incorporação do grupo Anhanguera pelo grupo kroton, autores Rafael Da Silva Menezes;
6. A Teoria Dos Jogos como instrumento para a administração da justiça: possibilidades e desafios, de Luiza Berlini Dornas Ribeiro Moreira;
7. Responsabilidade social corporativa: conceitos e certificações, de autoria de Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Annuska Macedo Santos de França Paiva;
8. Direito e sociedade: análise do desenvolvimento econômico brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, de Andrine Oliveira Nunes e Nilton Carvalho Lima De Medeiros.

Note-se que é fundamental a contribuição acadêmica, ora apresentada, dos doutos Professores, Mestrandos e Doutorandos para o processo de tese e de antítese. É ela que movimentava o debate social, econômico, político e jurídico e revigora o encadeamento da participação democrática. Nessa vertente, ao tempo em que se apresenta agradecimento aos autores, espera-se que muito se possa multiplicar a partir dos trabalhos agora publicados para que o elo Direito e Economia fortifique-se na corrente do CONPEDI. Convida-se, por fim, a todos para profícua leitura.

Aracaju, 6 de junho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professora Doutora Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR)

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore (PUCPR/ UNINTER/UFSC)

Professor Doutor Yuri Schneider (UNOESC)

QUESTÕES SOBRE DIREITO E ECONOMIA: APREENDENDO A PENSAR O DIREITO ALÉM DA PERSPECTIVA NORMATIVA

ON ISSUES 'LAW AND ECONOMY': LEARNING TO THINK BEYOND THE LAW PERSPECTIVE REGULATIONS

Rosa Maria Freitas Do Nascimento

Resumo

A disputa entre os economistas e os juristas se refere à prevalência de uma disciplina sobre outra. Habitamo-nos a pensar jurídico positivista, do dever-se, hermenêutico e valorativo. Já os economistas buscam o cientificismo, a matemática e a objetividade. São lógicas diversas. A análise econômica do direito é uma tentativa de aplicação dos preceitos e variáveis da economia ao sistema jurídico. Tanto para os economistas como para os juristas a atuação reguladora e as decisões judiciais são racionalizáveis e justificáveis. A racionalização do direito decorre de critérios de valoração diante da ética dominante na sociedade, enquanto a racionalidade da economia se orienta pela relação custo-benefício. Este artigo tem por objeto fazer provocações e apresentar os pontos de encontro e as contribuições que essa abordagem da análise de direito e economia e as implicações para o estudo do direito. No caso, aproximei-me da discussão mais próxima da minha formação, na qual se destaca a teoria dos sistemas de Luhmann. No caso, apresentamos os principais pontos das teorias de direito e economia na abordagem desenvolvida por Posner e os parâmetros evocados na escolha racional que se depreende de sua análise. O artigo tem um tom ensaístico, no qual as indagações de índole teórica e filosófica pretende demonstrar como é impossível isolar o estudo do direito na ciência das normas, da mesma forma que não é possível tratar as decisões judiciais sob o prisma exclusivamente econômico como pretende a análise econômica do direito.

Palavras-chave: Direito, Economia, Racionalidade, Sistema jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

The dispute between economists and jurists refers to the prevalence of a discipline over another. We have become used to think positivist legal, duty to, hermeneutic and value. Already economists looking scientism, mathematics and objectivity. Are diverse logical. The economic analysis of law is an attempt to apply the principles and variables of the economy to the legal system. For both economists as lawyer regulatory actions and judgments are rationalizable and accountable. The rationalization of law results from valuation criteria on the dominant ethics in society, while the rationality of the economy is guided by cost-benefit relation. This article aims to present provocations and the meeting points and the contributions that this approach to the analysis of 'law and economics' and the implications for the study of law. In this case, I approached the closer to discussion of my training, which

stresses the theory of Luhmann's systems. In this case, present the main points of the theories of law and economics at the approach developed by Posner and parameters mentioned in the rational choice that it results from their analysis. The article has an essayistic tone, in which the questions of theoretical and philosophical nature intend to demonstrate how it is impossible to isolate the study of law in the 'science' of the rules in the same way that you can not treat the court decisions in the exclusively economic prism as want to 'economic analysis of law'.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Economics, Rationality, Legal system

1. Apresentação

Começo este texto explicando minha inquietação no processo de sua composição. Estamos tão acostumados a pensar o direito nos termos de uma estrita teoria normativa e, quando muito, numa visão hermenêutica, que levamos um tempo para entender o fenômeno jurídico como uma variável na equação das trocas monetárias e a racionalidade do direito a partir da avaliação dos custos e benefícios, típicas categorias econômicas.

A leitura dos textos sobre de ‘Análise econômica do direito’ ou ‘Direito e Economia’, nas abordagens de Coase, Posner, Mercure, e a versão brasileira de Salama, aproximou-me de um pensamento alternativo à visão sociológica e funcionalista do direito que estávamos habituados. Porém, esclarecemos desde já que podemos chegar às mesmas conclusões por outros caminhos como a partir da matriz teórica da abordagem sistêmica da sociedade.

A disputa entre os economistas e os juristas se refere à prevalência de uma disciplina sobre outra. Habitamo-nos a pensar jurídico positivista, do dever-se, hermenêutico e valorativo. Já os economistas buscam o cientificismo, a matemática e a objetividade. São lógicas diversas. A análise econômica do direito é uma tentativa de aplicação dos preceitos e variáveis da economia ao sistema jurídico.

Tanto para os economistas como para os juristas a atuação reguladora e as decisões judiciais são racionalizáveis e justificáveis. A racionalização do direito decorre de critérios de valoração diante da ética dominante na sociedade, enquanto a racionalidade da economia se orienta pela relação custo-benefício. Consideramos o direito, nessa perspectiva, como um tipo ideal, mínimo ético, e seja lá o que for, oposição necessária à visão utilitarista da sociedade, em certos aspectos distante da abordagem de ‘Direito e Economia’.

Este artigo tem por objeto fazer provocações e apresentar os pontos de encontro e as contribuições que essa abordagem da análise de ‘direito e economia’ e as implicações para o estudo do direito. No caso, aproximei-me da discussão mais próxima da minha formação, na qual se destaca a teoria dos sistemas de Luhmann. No caso, apresentaremos os principais pontos da abordagem do ‘direito e economia’, desenvolvida por Posner e seus seguidores brasileiros como Salama, e os parâmetros evocados na escolha racional que se depreende de sua análise. O artigo tem um tom ensaístico, no qual as indagações de índole teórica e filosófica pretendem demonstrar como é impossível isolar o estudo do direito na ‘ciência’ das normas, da mesma forma que não é possível tratar as decisões judiciais sob o prisma exclusivamente econômico como pretende a ‘análise econômica do direito’.

2. O ‘direito e a economia’ e sua perspectiva de análise do direito

Voltada para a práxis jurídica do Common Law, as primeiras análises de direito e economia foram influenciadas pelo pragmatismo filosófico e jurídico e pelo realismo jurídico. Em comum, essas abordagens redirecionaram a discussão jurídica da norma para a realidade social, o estudo sobre das condições que informam as decisões judiciais quanto aos elementos subjetivos da convicção julgadores, variáveis como os instintos, crenças, visões pessoais sobre a política, economia e sociedade. O pragmatismo jurídico focou no interesse social, público e privado, na visão de Pound. Na aversão ao doutrinalismo, o Realismo jurídico informa novas orientações, atentando para a: (a) rejeição da objetividade determinante do direito, (b) uso rígido das regras; (c) desapego da autoridade do passado; (d) questionamento sobre a razão do precedente¹.

Um aspecto importante dessas análises é a transparência e ‘humanização’ do direito. As decisões judiciais são vistas como consequência das considerações dos juízes sobre a verdade, a sociedade, o próprio direito, a economia e a política. O que incomoda, principalmente a nós acostumados às falácias da impessoalidade e neutralidade axiológica, é a percepção que as normas e suas interpretações são variáveis e dependentes das convicções pessoais, morais e estado psicológico dos julgadores. O postulado da segurança jurídica é jogado para um lugar distante e desconhecido quando se abandona a subsunção normativa ou o uso da lógica dedutiva como modelo padrão da argumentação jurídica².

Para os teóricos de ‘Direito e Economia’, o mercado funciona como o lócus da sociedade. Ele é ampliado para todas as dimensões da sociedade e sua ‘orientação’ governa a vida dos indivíduos. O mercado é uma unidade autônoma, nele o direito representaria um mecanismo de maximização da riqueza (posição de Posner), um administrador das externalidades diante das falhas e um custo social (para Coase), ou um meio de regulação no processo de alocação dos recursos (para Zerbe e Marcury).

Não podemos confundir a visão de ‘Direito e Economia’ com o utilitarismo³. Pela visão utilitarista os fins justificam os meios e as normas são caminhos para se atingir um fim

¹MERCURE, Nicholas; MEDENA, Steven. **From Posner to Postmodernism and beyond**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

²Distinguimos as teorias da argumentação jurídica padrão, que utilizam a lógica como orientação para a decisão jurídica na versão de Alexy e MacCormick e as teorias não-padrão, como a tópica jurídica e as teorias da retórica. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

³SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e economia: Reflexões a partir da trajetória de Richard Posner" CADE. Brasília. Jul. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/54, acesso em 15 de setembro de 2010

social. Por exemplo, a pena, sob a lógica do custo versus benefícios, deve ser sempre desestimulante para o delinqüente. Não podemos, no entanto, acreditar que não nos valemos de pensamento utilitaristas, por exemplo, quando queremos justificar a supressão de um direito fundamental, na retórica da ponderação de princípios⁴. Afirmamos que a supressão de um bem da vida será em benefício de outro maior, o que justifica, por exemplo, a liberação das escutas telefônicas em face do direito fundamental à intimidade e sigilo de dados.

Consideramos, a primeira vista que o tratamento dado ao direito pela disciplina ‘Direito e Economia’ causa reviravolta em vários âmbitos. A questão inicial é uma revisão epistemológica, ou seja, uma mudança na forma de compreender as possibilidades de conhecer o objeto da ciência do direito: as normas ou o ordenamento jurídico. As limitações das correntes do positivismo jurídico e da versão estrita do objeto do direito da dogmática do direito tradicional promovem um pensar jurídico estático e distante da realidade social. Visualizamos um padrão de análise linear em que houvesse a passagem da norma a sociedade, enquanto, pelas proposições de ‘Direito e Economia’, o caminho é inverso, é da sociedade para o direito.

Outra mudança importante é a relativização da abordagem valorativa da decisão por uma visão consequencialista do direito. Quando pensamos o direito num caso concreto qualquer, discutimos sempre quais são os valores e princípios que orientam a decisão jurídica. Falamos em ponderação de princípios ou em proporcionalidade, que são nada mais que recursos retóricos vazios, valorizados mais pelo seu pseudo poder de convencimento que pela demonstração real da aptidão da resposta para a sociedade e indicação dos seus efeitos na vida cotidiana.

As pessoas que buscam a solução de conflitos e proteção jurisdicional não estão sujeitos às belas e eloqüentes oratórias dos juristas, querem a decisão jurídica que cumpre a função de estabilizar as expectativas sociais reais. O direito normativo que conhecemos sempre olhou para o passado/o fato/ a culpa, também é preciso olhar para o futuro em busca de melhorar as respostas jurídicas e de, efetivamente, coordená-la à realidade social.

A posição de ‘Direito e Economia’ representa uma posição alternativa à teoria sociológica marxista e a visão funcionalista. Constitui uma orientação teórica voltada à atuação, muito mais que a compreensão do papel do direito na sociedade. Não se quer ofertar uma teoria do direito, quer sim, melhorar seu agir a partir das condições econômicas dadas, isto é, a partir de uma visão da microeconomia. Diante disso, insere novos parâmetros e

⁴ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razão prática. Disponível na revista eletrônica DOXA, em <http://www.cervantesvirtual.com>, acesso em 09 de agosto de 2010.

variáveis para técnica⁵ do direito: oportunidade, eficiência, adequação, visualização das consequências sociais das normas e da decisão judicial.

Aquém das vantagens mencionadas, não podemos, conceber o percurso teórico de nova disciplina linearmente. Posner⁶ foi o primeiro a transferir a racionalidade da economia para o direito, ao indicar elementos da interpretação dos contratos. Tratava das questões sobre aplicação das normas segundo a alocação de recursos. Assim, os fundamentos da ordem jurídica, para ele, teriam por função contribuir para a riqueza da sociedade. Compreensível tal posicionamento a partir da lógica capitalista e critérios de mérito que orientam o liberalismo americano, lugar sócio-antropológico de sua análise. Esse fundamento para o direito é estranho àqueles habituados a apreensão do objeto do direito a partir da filosofia da práxis, onde a ética do discurso e da política predomina a ideologia típica à tradição jurídica do Civil Law.

Posteriormente, Posner se inclinou à versão do direito pelo conceito de eficiência. Buscou estruturar uma teoria em que aplicação da norma visasse a sua máxima eficácia em relação à ordem social. Diante das críticas de seus pares, passou a uma terceira versão de compreensão do direito como meio/instrumento de consecução de fins sociais. Quando Posner afirma que a maior parte dos juízes desconhece as reais condições da sociedade, lança-se novo olhar para as indagações sobre as expectativas sociais e eficiência das normas, o que foi esquecida pela versão positivista e dogmática do direito.

Segundo Mercure e Medina⁷, Posner levantou uma perspectiva positiva-realista da compreensão do fenômeno jurídico em oposição às visões idealistas-normativas predominantes até então. Se por um lado pecou pela versão puramente individualista da finalidade do direito como meio de maximizar a riqueza, por outro inseriu conceitos como escassez, equilíbrio, incentivos e eficiência, importante para a aplicação correta da norma e criação judicial. Destacamos até hoje a adequação de sua abordagem para análise das políticas públicas, eficiência burocrática e avaliação da atuação do tribunal. Com a aplicação das categorias econômicas, o direito também se legitima pela eficiência e resultado: a melhor decisão, sem possibilidades reais de concretização ou inoportuna, para nada serve.

⁵O direito como disciplina do comportamento humano tem duas vertentes: um lado especulativo e aberto, e uma dimensão dogmática. A dogmática não pode ser compreendida como estrita teoria da norma, mas a apreensão da norma como mecanismo orientador das decisões com importante funções e desdobramentos na realidade social. O direito tem, assim, um dimensão técnica, como instrumentaliza os profissionais do direito dos conhecimentos necessários a resolução dos problemas jurídicos que lhe são apresentados. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**. Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶POSNER, Richard. *The Law and Economics of Contract Interpretation*. Disponível em www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html, acesso em 20 de setembro de 2010.

⁷MERCURE, Nicholas; MEDENA, Steven. **From Posner to Postmodernism and beyond**. New Jersey: Princeton University Press, 2006., p. 16.

A concepção de Posner, diferentemente do utilitarismo⁸, imaginou que o direito se coaduna às regras do mercado e é complementar na persecução dos objetivos deste, pois funcionaria como mecanismo de sopesar perdas e ganhos na correta adjudicação de bens. Tal discurso lembrou-me os velhos conceitos de justiça aristotélicos: justiça distributiva, divisão justa na sociedade; justiça equitativa, dar a cada qual o que é seu; e justiça corretiva, busca do equilíbrio pela promoção (quando possível) do estado de coisas anterior mediante a aplicação de pena proporcional ao mal causado ou o dever de prestação alternativa⁹. A primeira noção não seria aplicável à Posner, seus críticos mais ferozes se apegariam a esse conceito. Os dois tipos restantes são viáveis: no âmbito da propriedade privada, segundo a qual se deve dar a cada qual o que é seu, e exclui terceiros da posse ou do poder de sobre seu uso interferir; ou ainda, segundo a justiça corretiva, apta à avaliação dos contratos (o dever de manter o pacto em face das expectativas e dos direitos do outro contratante), justifica-se o dever de indenizar (deve-se recompor o estado inicial quando possível ou reparar pecuniariamente).

3. As regras do jogo: escolhas racionais e possibilidades de sucesso

Se aplicarmos às proposições de ‘Direito e economia’ às teorias do poder¹⁰ podemos chegar a conclusões diversas. Para muitos autores, a relação entre ‘Direito e Economia’ deve encaminhar as escolhas para um jogo de soma positiva, onde todos ganhariam. Esta é a posição de Posner. O mercado deve ser pensado como meio de alocação de recursos em benefício da sociedade, para isso, o direito seria um auxiliar a eficiência das trocas e a aquisição das riquezas. Eventuais intervenções seriam, assim, corretivas sobre o comportamento do agente. No entanto, não concordamos com esse liberalismo ingênuo que nega as contradições reais do processo produtivo.

Para muitos, o poder é um jogo de soma negativa ou zero. Esta proposição pode ser aplicada aos teóricos de orientação marxista, para os quais a atividade econômica acarreta um prejuízo a ser suportado pela sociedade. Acrescentaríamos que a sociedade suporta esse ônus de maneira desigual, a classe trabalhadora, os pobres ou os excluídos sociais sofrem sempre mais que as classes sociais dirigentes e privilegiadas. A soma zero se refere ao modelo em que os benefícios devem ser, no mínimo, igual aos custos. No mais, a economia é feita de

⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e economia: Reflexões a partir da trajetória de Richard Posner" CADE. Brasília. Jul. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/54, acesso em 15 de setembro de 2010.

⁹ ARISTOTALES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹⁰Referimo-nos aí a uma visão bem elementar do poder presente na obra de LEBRUN, Gérard. *O que é o poder?*São Paulo: Brasiliense, 1998.

ganhos e perdas. Ninguém dividiria com alguém seu lucro de livre vontade, seria ilógico e contraditório, no capitalismo. O consenso natural não faz parte das trocas da economia. Por exemplo, se um produtor vende a um preço menor (em relação ao custo final ao consumidor) ao distribuidor isto decorre de fatores, não do cálculo: o produtor não conhece o público consumidor ou não tem acesso a ele; ele desconhece o potencial de lucro e trabalha com a hipótese de um acréscimo previsível em que a perda de um ganho sob o bem é compensado pelos custos da distribuição e do atacado; ou ele não tem conhecimento e recursos suficientes para suportar os riscos da comercialização do produto. Desde Durkheim¹¹, não nos parece adequado entender a produção como uma organização solidária entre os indivíduos, por que, então, falaríamos da economia de mercado do capitalismo? Nesse jogo, alguém vai ganhar algo sobre a perda que outro suportou. As escolhas na economia são lógicas, envolvem perdas e ganhos, custos e benefícios, porém, o poder real de escolha não é equivalente e os indivíduos decidem pressionados por situações que não pode controlar.

Tal apreensão não difere muito das escolhas no direito. Desde o imperativo hipotético de Kant¹² não podemos conceber a regra jurídica como dever apreendido pela razão, segundo o qual a norma jurídica, mínimo moral, decorre da escolha autônoma e da liberdade. Não podemos ignorar que quando fazemos escolhas jurídicas, preferimos proteger determinados bens em oposição a outros e que essas ‘preferências’ podem causar prejuízos a grupos e a fragmentos de classe. Da mesma forma, a constatação que nem todas as normas têm valor ético manifesto, o equilíbrio e o bem social geral nem sempre são os objetivos do direito. O que também não nos parece apropriado é pensar que a tutela jurídica orienta-se exclusivamente pelo valor econômico. Tomando os termos utilizados pela teoria dos sistemas, o direito é pressionado por outros sistemas parciais, como a política e a comunidade cultural, além dos aspectos econômicos.

Outro ponto polêmico em Posner é a teoria da maximização das riquezas¹³ ao propor: (a) todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (b) cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas ações; e (c) as preferências relevantes são aquelas registradas pelos mercados. Numa linguagem coloquial e apelando para vida cotidiana, gostaríamos de saber como Posner escolheu a própria esposa. O apelo

¹¹ Lembrar que Durkheim influenciado pelo Positivismo Sociológico acreditava que a explicação da sociedade é funcional, por isso propôs a explicação da divisão social do trabalho em termos de solidariedade mecânica e organiza. Ver o verbete Durkheim em BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. Dicionário crítico de sociologia. São Paulo: Ática, 2005.

¹² KANT, Immanuel. **Contribuição à metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e economia: Reflexões a partir da trajetória de Richard Posner" CADE. Brasília. Jul. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/54, acesso em 15 de setembro de 2010.

irônico esconde uma constatação de fundo: nem todas as decisões tomadas pelos sujeitos têm um valor de mercado subjacente, afinal ele não vende a própria mulher, ou acreditamos que não deveria. O casamento é uma situação relevante economicamente, cuja tomada de decisão não pode ser inteiramente racionalizada por ser, em parte, emocional, instintiva e social.

À racionalidade de Posner podemos agregar a mesma advertência feita à razão instrumental pela crítica filosófica¹⁴. A lei do mercado não é a única ‘razão’, outras orientações concorrentes convergem para a tomada de decisão. Pode-se verificar a existência de quatro categorias de racionalidade, ou quatro modos distintos de adaptação e interferência do indivíduo no mundo¹⁵: modo racional referente a fins ou instrumental, modo racional referente a valores, modo afetivo e o modo tradicional. Se à orientação de comportamento convergem diferentes orientações de conduta, é um reducionismo inaceitável a tese que a única decisão que importa é aquela com desdobramentos econômicos ou as capazes de resistir à racionalidade instrumental dos economistas.

A tese de Posner da maximização da riqueza é ferozmente criticada por Dworkin, para o qual o direito se destaca pelo compromisso ético dos julgadores com a melhor decisão. Para Salama é excessivamente severa¹⁶. À proposição inicial que a riqueza não é um valor, podemos afirmar que é um argumento válido, mas, em termos, num modelo de produção capitalista ancorado na ética do trabalho, a riqueza não é um valor, entretanto é fruto do valor social do trabalho, do esforço, da livre iniciativa, virtudes preponderantes na sociedade moderna. O sistema jurídico, mesmo atravessado pelo liberalismo econômico, é formado por ideologias e crenças, o que faz com que o valor ‘riqueza’ concorra com outros presentes na sociedade.

A nosso ver, a crítica mais indefensável a teoria de Posner decorre da negação da justiça distributiva, como condição preliminar para a validade da sua abordagem entre direito e economia. A ausência de equivalência inicial mínima¹⁷ entre os contratantes torna inválido o resultado. É a mesma coisa que numa corrida de cavalos, em que animais alimentados e subnutridos competem, considerar justo a vitória dos fortes sobre os fracos, é um erro.

¹⁴ A teoria de Habermas da Ação comunicativa é um empreendimento teórico destinado a relativizar a posição de uma compreensão instrumental da ação social por um modelo comunicativo, por exemplo. Ver HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Tomo I e II. Madrid: Taurus, 1987.

¹⁵ Dessa acepção surge as três legitimidades para Weber: carismática, tradicional e racional-legal. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V I. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 15

¹⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e economia: Reflexões a partir da trajetória de Richard Posner" CADE. Brasília. Jul. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/54, acesso em 15 de setembro de 2010.

¹⁷ É oportuno lembrarmos da teoria da justiça de Rawls que é contemporâneo de Posner. HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Introducción de Fernando Vallespín. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paídos, 1998.

4. A maximização da riqueza é a função do direito?

Outro tópico merece questionamento. Seria inocente tratar a função do direito de maximizar a riqueza negando o fato que o direito e a política são atravessados por relação de poder e são instrumentos que beneficiam classes ou grupos de interesse. As normas jurídicas, mecanismo de reprodução simbólica de uma sociedade representam, em muitos aspectos, formas de cristalizar relações subalternas entre classes.

Outra questão levantada de ‘Direito e Economia’, polêmica dentro e fora¹⁸ do liberalismo econômico é a ideia que o mercado falha. Na visão de um operador de mercado, comerciante ou economista afirmaremos que o mercado falha quando ele não dá lucro. Na lógica da estrita economia, sem qualquer aspecto moralizador, podemos também dizer que a melhor negociação é aquela em que mais se ganha, nem que para isso seja preciso ignorar a norma jurídica ou os costumes sociais. Podemos pensar isso de forma simples quanto ao manejo dos recursos humanos na fábrica ou a abordagem do gerencialismo na organização da mão-de-obra¹⁹: o modelo fordista de produção, por exemplo, pretendia maximizar os lucros e tornou até as garantias sociais como importante fator agregado. Henry Ford foi capaz de convencer outros industriais que o pagamento de melhores salários aos empregados seria a melhor maneira de ativar o comércio interno e criar uma ampla massa de consumidores de seus produtos. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Keynes ao arquitetar o Estado de Bem-Estar Social imaginou a função de capitalização e incentivo público à economia. Acontece que as expectativas tendem sempre ao infinito, têm elas um espectro inflacionário, que em longo prazo, correu os lucros de Ford e as dívidas do Estado de Keynes. Pelo menos, esta é ideologia dominante sobre a decadência do Estado social e a justificativa para a flexibilização das relações de trabalho.

Dos dois exemplos acima citados, um ponto prevalece: o mercado falha ou falharia²⁰. Acreditava-se que dinâmica do mercado produziria externalidades que prejudicariam toda a sociedade. Noutra ângulo, o mercado vivencia crises, teria um movimento de retração e expansão que coloca os indivíduos sempre a mercê de seu

¹⁸ Na abordagem marxista do direito proposta por Eros Grau o tema externalidades é proposto como consequência nefasta da capitalismo. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁹ HELOANI, Roberto, UCHIDA, Seiji. Psicodinâmica do trabalho, sociologia e identidade. In. ADIB, José Antônio Damásio; MATIAS, Maria Cristina Moreno (Org.). **Sociedade em transformação**: Estudo das relações entre trabalho, saúde e subjetividade. Londrina: Eduel, 2007.

²⁰ ZERBE JR., Richard; MACCURDY, Howard. The Failure of Market Failure, disponível em <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>, acesso em 20 de setembro de 2010, p. 559.

descompasso. Pensava-se que as falhas de mercado poderiam ser evitadas ou minimizadas pela atuação correta do mercado e seu papel regulador que coibiria os excessos e a buscar descontrolada e ‘amoral’ por lucros. Diversamente, quando os agentes de mercado cometem desvios que prejudicam a sociedade e causem desequilíbrio, o Estado agiria punindo-os, responsabilizando-os, exigindo o dever de indenizar e impondo-lhes deveres como a precaução. Assim, as condições de funcionamento ideal seriam, então, restabelecidas. Podemos citar vários exemplos a partir de nossa ordem jurídica: o papel do Banco Central, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, as várias agências reguladoras, a legislação antitruste, a própria CLT, a Lei de licitação e contratos, dentre tantos outros.

Seja qual for a disciplina, perguntamos se existe uma regra de distinção válida que separe aquelas áreas que necessitam de regulação de outras que prescindem. A primeira vista, não haveria, a nosso ver, uma regra lógica que informe quais áreas são carentes de intervenção em oposição àquelas que se mostra prejudicial. Os teóricos que discordam da idéia da falha argumentam que o mercado não é ineficiente por causa de um defeito inerente, e sim, porque os governos têm negligenciado os meios adequados de promover a gestão das trocas. O problema seria o fato que o Estado não cumpriria o dever de fiscalização e prevenção. Se o Estado funcionasse de forma equivalente para todos os agentes de mercado nenhum gozaria de privilégio sobre outro. Consideramos essa proposição válida para o contexto estável, numa análise microeconômica, tomando condições sociais e econômicas sem interferência externa. Não acreditamos que os mercados internos possam sobreviver na economia do sistema mundo sem a ajuda do Estado, não como limitador do lucro, ao inverso, como agregador de valor ao estabilizar a economia e promover incentivos.

Quando tratamos de ‘Direito e Economia’ não podemos adotar uma lógica comum para o mercado e para o setor público. Diante da dicotomia público/privado o valor econômico é distinto. Tomamos a definição de Posner, por valor econômico seria tudo aquilo a que estamos dispostos a pagar. No âmbito do mercado, ou privado em sentido estrito, o valor de troca predomina, ele somente é viável economicamente quando o valor da venda (ou aquilo que um terceiro esteja disposto a pagar) superar os custos de produção e os riscos do negócio. Um comerciante não sobrevive se houver prejuízo rotineiro, não suporta o negócio de forma deficitária. Para o julgador, a orientação é que seja evitado o desequilíbrio para qualquer das partes, ou ainda a responsabilidade do dano de prejuízo suportado por terceiro, consequência da ação ou omissão imputável ao sujeito. Tal lógica não pode ser aplicada com a mesma rigidez ao âmbito público. Os exemplos dos serviços de saneamento básico ou

transporte ferroviário são ilustrativos. Apesar de deficitários, de gerar prejuízos, já que os custos operacionais são maiores que os valores das tarifas e preços públicos pagos pelos usuários, eles continuam a serem prestados. Por que, então, o Estado assume tais riscos? Porque a atividade é imprescindível para a sociedade e para o setor econômico, o que justifica a alocação de recursos de outros campos para o setor. Os estudiosos de ‘Direito e Economia’ dirão que a alocação dos recursos segue a lógica do custo-benefício. Acreditamos também que sim, mas não no mercado, ou na microeconomia, ela somente se justifica na acepção macroeconômica.

Transpondo essas indagações para abordagem de ‘Direito e Economia’ podemos afirmar que as transações econômicas têm um custo social. As normas jurídicas reguladoras, a fiscalização e a atuação administrativa e atividade jurisdicional representam formas do Estado e a sociedade lidarem como custo social. Usando o vocabulário de Coase²¹, os efeitos prejudiciais de um negócio assumem variadas formas. Os danos ecológicos, culturais, incômodos, perturbação, doenças, dentre outros, são suscetíveis de várias repostas, nem todas racionalizáveis sob o prisma econômico, nem da visão da estrita racionalidade dos valores para grande parte dos juristas²². Situações peculiares, interesses e variáveis podem influenciar a resposta, materializada na forma da decisão judicial. Se olharmos sob o aspecto econômico estrito, marcado pela alocação de recursos, chegaríamos à conclusão que: se o valor a ser aferido for superior ao dever de indenizar ou ao conjunto de transações necessárias ao mercado, por que não fazê-lo? Muitas vezes, o próprio mercado pode promover a realocação de ‘direitos’, modificando-os de forma a privilegiar a maximização de sua própria eficiência, porém isso pode, às vezes, ser muito mais oneroso.

Os problemas dos custos sociais para os Estados podem ser eliminados, porque para ele não existe concorrência e restrições. O mesmo não pode fazer o comerciante que terá sempre que incluir prováveis custos do direito na composição de seus preços. Porém, em desacordo com a preponderância do mercado ou do direito em que duelam os economistas e juristas, Coase afirma que “uma visão satisfatória sobre a política mais adequada somente pode ser alcançada a partir do estudo de como, na prática, as firmas e os governos lidam com o problema dos efeitos prejudiciais”²³. Pontualmente, ele afirma que os economistas não podem subestimar o fato que a regulação pode ser positiva para o mercado. De forma geral, a regulação sobre a atividade pode significar uma vantagem para os agentes econômicos na

²¹COASE, Ronald H. O problema do custo social. Disponível em www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf, acesso em 20 de setembro de 2010.

²² BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1997.

²³Idem, *Ibidem*, p. 15.

estrutura do Common Law. Para Coase, a maior parte dos custos sociais é definida sem uniformidade pelas cortes o que provocaria mais discrepância na atuação econômica. Assim, muitas vezes a regulação pode ser um bom caminho, mesmo que se corra o risco da conivência dos Estados com os riscos e/ou o favorecimento de setor ou atividade.

Coase propõe a revisão da clássica visão de Pigou da economia do bem-estar. A tese inicial rebatida por Coase é de que os interesses próprios promovem o bem-estar econômico; seria como se o conjunto fosse obtido pela soma das partes, o que, de fato, não ocorre na sociedade. Para ilustrar situação, Coase cita o exemplo do avanço de sinal pelo motorista, um eventual ganho privado, acarreta grande prejuízo social.

Outra questão fundamental para Coase²⁴ é que os economistas ignoram o direito e o colocam como custo externo à atividade ou ao produto. O que ocorreria, para ele, seria que o direito define a ação; os direitos dos proprietários são limitações em que os indivíduos eles somente teriam o direito de efetuar certas ações e o dever de se abster de outras. O direito de propriedade não seria então absoluto. O direito deve ser calculado como variável na composição do preço, sendo impossível revisá-lo, já que ele é um fator comum a todos aqueles que exploram uma atividade econômica. Assim, se a regra trabalhista é vigente para todos os comerciantes a diferença de preço e a pressão do consumidor recairá sobre outros fatores não sobre o direito. Devemos nos precaver que tal abordagem é aplicável a um microcosmo, mas impossível de aplicação generalizada, como no caso do mercado mundial. Isso não explicaria contextos de mercados abertos e de exportação, pois as diferenças de custos de transação internos (maior ou menor salário, maior ou menos proteção social) pode ter impacto sobre o custo do produto em outro lugar. O dumping social nada mais é a diferença de custos de transação no mundo, entre salários, retorno social e benefícios, ou menor salários, baixa fiscalização e inexistência de acesso aos benefícios sociais.

Rompendo um pouco a descrição das abordagens, passamos a propor uma análise da disciplina a partir de proposições que nos são próximas como a análise weberiana e a teoria dos sistemas.

A primeira questão é que não podemos considerar oportuna a visão de Salama²⁵ sobre o pioneirismo da aplicação da lógica econômica ao direito nas abordagens de 'Direito e Economia'. Num mundo do Civil Law também temos exemplos importantes desde a teoria dos sistemas ou a posição de Weber, no livro *Economia e Sociedade*. Weber tratou a partir da

²⁴COASE, Ronald H. O problema do custo social. Disponível em www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf, acesso em 20 de setembro de 2010, p. 62.

²⁵SALAMA, Bruno Meyerhof.. "O que é Direito e Economia?" *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 49-61, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16, acesso em 15 de setembro de 2010.

Sociologia compreensiva, a passagem do direito arcaico ao direito formal moderno, diante da predominância das trocas no capitalismo²⁶. A intensificação das atividades econômicas é a causa principal para a expansão e desenvolvimento do direito na modernidade em oposição ao seu conteúdo maniqueísta, próprio da fase religiosa precedente. Weber fala da ação instrumental, aplicação da racionalidade pura, guiada pela dualidade custo versus benefícios. O direito seria uma variável fixa indispensável para o sucesso das trocas econômicas, traz previsibilidade, segurança e estabilidade das relações. Não seria correto pensar o direito como custo social ou ainda como mecanismo de superação das falhas de mercado, inversamente é um elemento que viabiliza as trocas mercantis e favorece a estabilidade das relações econômicas. Tratar o direito como oposição seria um erro incontornável, um desconhecimento da importância das instituições para o desenvolvimento e estabilidade econômica.

As características do direito sistematizadas por Weber fazem parte do conjunto de imperativos que possibilitaram o “desenvolvimento” econômico e institucional da sociedade moderna. Isto pode ser observado no direito privado, estabilizador das trocas mercantis e do cálculo econômico das expectativas, ou na feição burocrática e legal dos institutos políticos de direito público e nos atributos de uma legitimidade legalmente mediada.

O conceito de “racionalização” das instituições (formação de uma burocracia administrativa) associa-se à eficiência econômica que é o ponto que Weber mais explora em sua teoria social. A lógica econômica determina a produção e a organização dos aparelhos administrativos. Em face disto, racionalidade também “significa la imposición de una orden coherente y sistemática sobre la diversidad caótica de las diferentes situaciones, creencias, experiencias, alternativas de acciones, etc. En este sentido, el concepto de racionalidad está sujeto a la formalización y universalización de la ley...”²⁷.

A estruturação e a organização burocrática do aparelho judiciário são meios de garantir a segurança jurídica, que, por sua vez, advém dos tipos e das categorias provenientes da compreensão racional do direito e determinam a arquitetura das instituições modernas. As transformações em vários setores da sociedade foram, em grande parte, impulsionadas e delineadas pelas garantias procedimentais, pela hierarquia das leis e pelo caráter formal do discurso jurídico, próprio à modernidade²⁸.

²⁶ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V I e V II. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

²⁷ WELLMER, Albrecht. Razón, utopía y la dialéctica de la ilustración. In. GIDDENS, Anthony; et alí. **Habermas y la modernidad**. Madrid: Cátedra, 1999, p. 73.

²⁸ A discussão proposta por Weber em sua sociologia do direito coloca a importância do desenvolvimento formal do direito para a sociedade ocidental. WEBER, Max. **Economia e sociedade**. V 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

A dinâmica do direito não pode ser separada da política, da economia e do capital simbólico da sociedade, mesmo que se identifiquem peculiaridades na informação jurídica. O fechamento operacional da teoria dos sistemas não pode conduzir a uma visão atomizada do sistema jurídico. As condições técnicas do sistema jurídico não podem preponderar sobre a dimensão normativa.

5. Instâncias de discussão do direito e a função do direito segundo a teoria do sistema

Nas instâncias de discussões sobre o direito (tribunais, diplomas legislativos, contratos, entre outros), as aspirações por critérios de racionalidade para as decisões jurídicas são, facilmente, observadas. O objetivo da atribuição do adjetivo “racional” às decisões é tanto uma garantia de ordem institucional e direito fundamental, quanto, um requisito legal para a validade do ato jurídico de sentenciar nos códigos de processo. “Racional” significa fundamentado, porém, os argumentos têm características especiais: imparcialidade, generalidade, neutralidade, eficiência, dentre outros. A argumentação jurídica e as necessidades de exposição das razões de convencimento do juiz são exemplos de como a atributo ‘racional’ é, pelo menos nos discursos correntes, importante como mecanismo de validação do exercício da justiça. Há uma aversão à ‘irracionalidade’, isto é, não se aceitam determinados caracteres imprecisos, parciais, sem justificativas plausíveis, etc. A busca por instrumentos de ordem, critérios de controle e segurança jurídica para aplicação do direito que viabilize a previsibilidade das decisões é reconhecer que, na ordem jurídica, o adjetivo ‘racional’ é um mecanismo de legitimação. É comum e incentiva os operadores do direito ‘racionalizarem’ suas ações, de preferência, contando com formas quase matemáticas de ponderação de argumentos²⁹. Acrescentamos, diante da aprofundada discussão da disciplina ‘Direito e Economia’, a necessidade de explanação das conseqüências econômicas das decisões judiciais e dos efeitos das normas, ou seja, o aperfeiçoamento do processo decisório.

Noutro foco, o âmbito macro da discussão sobre a compreensão e a racionalização do direito, chega-se a caminhos distintos. Partindo da compreensão sistêmica, o direito cumpriria as funções de manutenção do modelo e de integração, desprovido de um conteúdo

²⁹ As pesquisas desenvolvidas por Alexy nos últimos anos é um exemplo típico da aversão pela arbitrariedade e irracionalidade das decisões jurídicas. A tentativa de catalogar e dispor os argumentos numa fórmula matemática é um ícone deste modelo e da aversão da ordem jurídica em negar as dependências das decisões jurídicas diante da contingência sócio-históricas de seus agentes. As ponderações feitas no capítulo quarto do livro sobre a teoria dos direitos fundamentais é um exemplo. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

normativo e alheio ao conteúdo valorativo e aos embates éticos do mundo da vida. Se, por outro lado, a compreensão do direito só se der, a partir do conceito fenomenológico do mundo da vida, não se explicaria a função de regulação que desempenha em face do mundo sistêmico. Com isso queremos dizer que ao lado de questões éticas e argumentos valorativos, o direito também cumpre importante papel no funcionamento da economia. Exemplos simples são ilustrativos: a legislação falimentar e de recuperação judicial, como poderia o juiz decidir sem conhecer minimamente de economia; ou ainda, como um administrador público pode gerir a coisa pública sem eficiência econômica, transparência e respeito às normas.

Já, para a teoria do sistema de Luhmann, o direito é um subsistema fechado e autopoético, isto é, auto-renovável internamente a partir de um conjunto de regras que viabilizam a mudança e a adaptação aos novos imperativos sociais. Luhmann inova sobre a caracterização do procedimento, dando-lhe um *status* único no direito³⁰. Não se trata simplesmente da edição de normas para a realização do direito objetivo. O procedimento é mais importante que o conteúdo. Ele permitiria ao direito a renovação cognitiva e a estabilização das expectativas individuais e coletivas.

Em Luhmann³¹, os imperativos do tempo ganham importância, propõe uma alternativa à questão de administrar as contingências nas sociedades complexas sem se requerer a edição constante de novas normas para atender as demandas sociais. O subsistema jurídico é um redutor de complexidade³². Nas sociedades diferenciadas e dinâmicas a carência institucional de respostas é múltipla, díspar e emergencial.

O procedimento formal de criação legislativa e a previsão de acesso à justiça especializada seriam meios para manter a estrutura jurídica sem recorrer-se aos fundamentos de ordens religiosas e metafísicas e jurídico-materiais. A administração da justiça de certa forma supriu (ainda supre apesar dos indicativos de colapso do modelo tradicional diante da impunidade e criminalidade) as necessidades de apaziguamento das expectativas.

O desafio do direito é disciplinar a sociedade em constante mudança, ou seja, oferecer mecanismos de resolução de conflito em situações emergenciais. A alternativa teórica, mais creditada nos últimos tempos, assenta-se na necessidade de *otimizar* os procedimentos de controle e os mecanismos de adaptação. Podemos inclusive, entender a regulação das trocas como maneira de adaptação. Deste modo, as expectativas sociais passariam por filtros que selecionariam as informações e as transformariam em aspirações

³⁰ LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

³¹ Idem. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional autónoma de México, 2002.

³² TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. Origini, ricerche, problemi. Torino: Einaudi, 1993, p. 308.

legitimadas. Esta passagem tão clara quando olhamos para a política, mas turva para economia. Entretanto, o sistema econômico, como o mais aberto e complexo da sociedade, é um importante sistema de inovação, podemos citar os contratos de leasing, que, muitos antes da disciplina jurídica, já estavam presentes nas trocas econômicas.

As insuficiências deste modelo redundam numa questão filosófica inquietante: a dimensão prática é absorvida pela técnica. Na modernidade, as normas tornaram-se mecanismos de controle³³. Enfim, trata-se de melhorar a eficiência dos meios escolhidos para lidar com as reivindicações e as pressões sociais e econômicas³⁴. A racionalidade do direito é também a busca pela eficiência, assim as escolhas representam mecanismos de adaptação dos indivíduos a ordem social.

A sociedade complexa é caracterizada pela especialização das funções com a finalidade de garantir a eficiência dos sistemas abstratos que demandam meios de controle de resultado e afinam os requisitos de pertencimento ao modelo³⁵. A racionalidade econômica é um dos âmbitos de pressão, nele o sistema jurídico é lento e defasado em relação à velocidade e aos incrementos técnicos da atividade produtiva.

O sistema social³⁶ é formado por sistemas parciais (economia, política, comunidade societal e direito). Para Luhmann, cada sistema parcial tem um conjunto de operações internas e se comunica com os outros sistemas parciais. As operações internas, através de tipos peculiares de comunicação, são necessárias para que o sistema parcial (subsistema) se diferencie dos demais. É essa linguagem específica de cada subsistema que faz com que ele possa fechar-se operacionalmente, ou seja, cada sistema parcial precisa de meios para lidar com seus problemas, responder às demandas feitas pela sociedade e cumprir suas funções de forma eficaz³⁷. Chama-se fechamento operacional esta capacidade de auto-administração. Porém, os subsistemas sofrem pressão do meio, o que o impele para que se abra cognitivamente. Abrir-se cognitivamente significa permitir que as informações novas serão apreciadas, ou seja, os subsistemas devem possibilitar uma renovação através do reconhecimento (cognição) de expectativas diferentes. Na sociedade a função do direito não se confunde com a economia, por isso, não pode existir entre ambos a mesmos padrões, são diversos. Isto significa dizer que direito e economia são regidos por códigos diversos, o que não significa dizer contrapostos.

³³ McCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 23

³⁴ MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. São Paulo: UNESP, p. 264.

³⁵ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 35.

³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

³⁷ LUHMANN, N.. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional autónoma de México, 2002.

Há um processo de diferenciação entre os subsistemas, pois cada um deles tem estruturas, funções, códigos operativos e programas próprios. A diferenciação é importante para salientar que cada um deve ser capaz de: (a) ativação de seus próprios elementos; e (b) processamento e manutenção da complexidade social. O sistema como redutor de complexidade tem por função diminuir a margem de liberdade, imprevisibilidade e autonomia. A economia, em sua busca de riqueza, encaminha os agentes de mercados, como as firmas, da mesma forma, o direito, com suas normas, disciplina e preserva a estabilidade das relações entre os agentes daquela.

Um importante tema diz respeito à complexização e à diferenciação nas sociedades capitalistas avançadas. Tal fato é, na experiência ocidental, a moldura que viabilizou o surgimento de subsistemas especializados, dentre eles o jurídico. O subsistema jurídico é funcionalmente necessário para filtrar as expectativas de regulação e proteção de bens sociais. O fechamento operacional do sistema permite que haja seleção, variação e estabilidade³⁸. Ao seu lado, deveria ocorrer a abertura cognitiva, isto é, espaços institucionais que viabilizem a inserção de novas informações. Desta forma, o direito não pode simplesmente afastar-se das demais esferas da sociedade, em especial, não deve distanciar-se da política e ética.

6. Considerações finais

A nosso ver, o principal aspecto a ser revisto pela disciplina ‘Direito e Economia’ é quanto à ausência de uma teoria social em que análise econômica fosse complementada com outras abordagens, em especial, a Ciência Política, Antropologia e Sociologia. A principal contribuição dos estudiosos da disciplina é justamente ao criticar a lacuna de uma abordagem interdisciplinar. No entanto, ao invés de aprimorar essa visão multidisciplinar, eles enclausuraram a normatividade jurídica, desconhecendo o próprio papel do direito na sociedade. É equivocada a apreensão do objeto do direito exclusivamente pela versão positivista de uma teoria da norma, porém, também é equivocada a visão do direito como variável na composição de preços no mercado.

A abordagem da ‘Análise econômica do direito’ deve ser aplicada nos campos em que se fizer necessária, como a tributação, a administração de recursos públicos ou as

³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 42.

licitações. Entretanto, tal disciplina não tem meios de explicar a complexidade do fenômeno jurídico.

Quando vivenciamos crises em que aquilo que esperamos de riqueza, poder, equilíbrio social, sucesso, afirmarmos que algo não funciona bem. Talvez, a política não funcione bem quando as expectativas de representação de interesse não são reconhecidas; talvez o direito fracasse quando não visualizo a justiça; ou a sociedade caia quando não há solidariedade; e a economia falhe quando nem todos sejam beneficiados em suas transações. Muitas vezes queremos que padrões de comportamento ideais substituam as ‘falhas’ do real permeado de conflitos, imperfeições e insatisfações.

Referências

- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.
- BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. São Paulo: Ática, 2005.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- EHRlich, Isaac; POSNER, Richard. *An economic analysis of legal rulemaking*, disponível em <http://www.jstor.org/page/info/about/policies>, acesso em 20 de setembro de 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**. Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FIÚZA, Eduardo. **Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas**.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.
- _____. **Teoría de la acción comunicativa**. Tomo II: crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Introducción de Fernando Vallespín. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paídos, 1998.
- HELOANI, Roberto, UCHIDA, Seiji. *Psicodinâmica do trabalho, sociologia e identidade*. In. ADIB, José Antônio Damásio; MATIAS, Maria Cristina Moreno (Org.). **Sociedade em transformação: Estudo das relações entre trabalho, saúde e subjetividade**. Londrina: Eduel, 2007.
- KANT, Immanuel. **Contribuição à metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- LEBRUN, Gérard. **O que é o poder?** São Paulo: Brasiliense, 1998.
- LUHMANN, N. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- _____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.
- _____. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general**. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- McCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 2002.

- MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. São Paulo: UNESP, 2001.
- MERCURE, Nicholas; MEDENA, Steven. **From Posner to Postmodernism and beyond**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- MÜNCH, Richard. A teoria parsoniana hoje: a busca de uma nova síntese. In GIDDENS, Athony; TURNER, Jonathan (Org). **Teoria social hoje**. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Unesp, 1999.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "O que é Direito e Economia?" *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 49-61, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16, acesso em 15 de setembro de 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e economia: Reflexões a partir da trajetória de Richard Posner" CADE. Brasília. Jul. 2010. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/54, acesso em 15 de setembro de 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner" Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Aug. 2008. Available at: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30, acesso em 15 de setembro de 2010.
- POSNER, Richard. The Law and Economics of Contract Interpretation. Disponível em www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html, acesso em 20 de setembro de 2010.
- TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. Origini, ricerche, problemi. Torino: Einaudi, 1993
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V I. 4ed. Trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Revisão técnica de Gabriel Conh. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- _____. **Economia e Sociedade**. V II. 4ed. Trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Revisão técnica de Gabriel Conh. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- ZERBE JR., Richard; MACCUSDY, Howard. The Failure of Market Failure, disponível em <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>, acesso em 20 de setembro de 2010.

